

中国法院
2014年度案例

国家法官学院案例开发研究中心◎编

行政纠纷

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

简便易用　权威实用

汇集全国各地法院最新审结的典型案例，分卷分类编排

高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点，剔除无效信息

主审法官撰写“法官后语”，展现法律适用方法和裁判思路

不论您是法官、律师，还是案件当事人，本书力争最大限度地为您节约查找和阅读案例的时间，使您获得真正有用的信息。



ISBN 978-7-5093-5100-0

定价：48.00元



中国法院 2014年度案例

国家法官学院案例开发研究中心◎编

行政纠纷

《中国法院年度案例》编辑人员（按姓氏笔画）

边疆戈　关　毅　刘　畅　苏　烽　孟　军

罗胜华　赵丽敏　唐世银　曹士兵　曹海荣

梁　欣　温培英　程　瑛

本书编审人员：孟　军

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

中国法院2014年度案例．行政纠纷／国家法官学院案例开发研究中心编．－北京：中国法制出版社，2014.3

ISBN 978－7－5093－5100－0

Ⅰ.①中… Ⅱ.①国… Ⅲ.①行政法－案例－汇编－中国 Ⅳ.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2014）第012498号

策划编辑：李小草（Lixiaocao2008@sina.cn）
责任编辑：杨　智（yangzhibnulaw@126.com）　　封面设计：温培英、李宁

中国法院2014年度案例·行政纠纷

ZHONGGUO FAYUAN 2014 NIANDU ANLI · XINGZHENG JIUFEN

编者/国家法官学院案例开发研究中心
经销/新华书店
印刷/三河市紫恒印装有限公司
开本/730×1030毫米　16　　印张/17.75　字数/220千
版次/2014年3月第1版　　2014年3月第1次印刷

中国法制出版社出版
书号 ISBN 978－7－5093－5100－0　　定价：48.00元

北京西单横二条2号　　值班电话：66026508
邮政编码 100031　　传真：66031119
网址：http：//www.zgfzs.com　　**编辑部电话：66038703**
市场营销部电话：66033393　　**邮购部电话：66033288**

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010－66032926）

《中国法院年度案例》通讯编辑名单

张农荣 北京市高级人民法院
刘晓虹 北京市高级人民法院
戚庚生 江苏省高级人民法院
程　浩 江苏省高级人民法院
王　成 江苏省高级人民法院
沈　杨 江苏省南通市中级人民法院
周耀明 江苏省无锡市中级人民法院
李相如 福建省高级人民法院
李春敏 福建省高级人民法院
张本勇 上海市高级人民法院
黄玉霞 广东省高级人民法院
贺利研 广西壮族自治区高级人民法院
谢　丹 四川省高级人民法院
王　磊 山东省高级人民法院
余跃武 安徽省高级人民法院
庞　梅 安徽省高级人民法院
自　宁 云南省高级人民法院
冯丽萍 云南省昆明市中级人民法院
陈飞霞 重庆市高级人民法院
张纵华 浙江省高级人民法院
赵　婳 辽宁省高级人民法院
刘洪颖 吉林省高级人民法院
刘东海 黑龙江省高级人民法院
宋雪敏 河北省高级人民法院
马　磊 河南省高级人民法院
李治国 湖北省高级人民法院
黄金波 湖北省宜昌市中级人民法院
唐　竞 湖南省高级人民法院
马云跃 山西省高级人民法院
李周伟 海南省高级人民法院
白云飞 天津市高级人民法院
官　却 青海省高级人民法院
石　燕 新疆维吾尔自治区高级人民法院

序

《中国法院年度案例》丛书，是国家法官学院于2012年开始编辑出版的一套大型案例丛书，以后每年初定期出版，由国家法官学院案例开发研究中心具体承担编辑工作。此前，该中心已经坚持20年不辍连续编辑出版了《中国审判案例要览》丛书，凡80卷，分中文版和英文版在海内外发行，颇有口碑，享有赞誉。现在该中心又编辑出版《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。该丛书2012及2013年出版以后，受到读者的广泛好评，并迅速售罄，国家法官学院案例开发研究中心及时编撰推出《中国法院2014年度案例》系列。为响应读者需求，2014年度新增3个分册：金融纠纷、行政纠纷、刑事案例。

总的说来，当前市面的案例丛书大多“不好读”，存在篇幅长、无效信息多、案例情节杂、缺乏深加工等不足。《中国法院年度案例》丛书试图把案例书籍变得“好读有用”，故在编辑中坚持以下方法：一是高度提炼案例内容，控制案例篇幅，每个案例基本在3000字以内；二是突出争议焦点，削除无效信息，尽可能在有限篇幅内为读者提供有效、有益的信息；三是注重对案件裁判文书的再加工，大多数案例由案件的主审法官撰写“法官后语”，高度提炼、总结案例的指导价值。

同时，本丛书还有以下特色：一是信息量大。国家法官学院案例开发研究中心平均每年从全国各地法院收集到的上一年度审结的典型案例超过10000件，《中国法院年度案例》有广泛的选编基础，可提供给读者新近发生的全国各地的代表性案例。二是方便检索。为节约读者选取案例的时间，丛书分卷细化，每卷下还将案例分类编排，每个案例用一句话概括焦点问题作为主标题，让读者一目了然，迅速发现需要的案例。

总之，编辑《中国法院年度案例》就是为了让案例类书籍简便、易用，这既是

本丛书的特点，也是编辑出版这套丛书的理由。当然，案例作者和编辑在编写过程中也不能一步到位实现最初的编写愿望，可能会存在各种不足，甚至错误，欢迎读者批评指正，我们愿意承担责任，并不断改进。

在信息社会，流行快餐文化，纸质类媒介往往输给数字化媒介。在此情景下，中国法制出版社全力支持《中国法院年度案例》的出版，给了作者和编辑们巨大的鼓励。我们在此谨表谢忱，并希望通过共同努力，逐步完善，做得更好，真正探索出一条编辑案例书籍的新路，更好地服务于学习、研究法律的读者，服务于社会，服务于国家的法治建设。

目　录

Contents

一、行政不作为

二、行政确认

三、行政许可

四、行政征收

五、行政处罚

六、行政强制

七、行政裁决

八、行政赔偿

九、行政程序

十、政府信息公开

一、行政不作为

1

认定行政机关不履行法定职责的要件

——张嗣良、黄菊仙诉黄石市工商行政管理局黄石港分局不履行工商管理法定职责案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省黄石市中级人民法院（2012）鄂黄石中行终字第00031号行政判决书

2. 案由：诉工商行政管理机关不履行工商管理法定职责

3. 当事人

原告（上诉人）：张嗣良、黄菊仙

被告（被上诉人）：黄石市工商行政管理局黄石港分局

【基本案情】

2011年2月6日晚19时许，二原告之子张松在黄石市工人文化宫“新天地”动漫电玩城玩“兔子机”时，与同时在一旁玩“兔子机”的张朋发生争执，二人遂一同离开该游戏机室。行至本市花样年华宾馆旁大众巷口时，二人再次发生争执并扭打起来，张朋掏出身上的匕首刺死了张松。黄石市中级人民法院已于2011年11月3日以故意杀人罪判处张朋死刑，并判决张朋赔偿二原告丧葬费用14046元。2012年5月9日，湖北省高级人民法院裁定维持原判。

“新天地”动漫电玩城（正式名称为黄石港区新时尚动漫世界游戏室）在张松

命案发生之时系无证照经营状态。在此之前，被告曾于2010年8月3日、2011年1月20日两次向该游戏机室发出了《黄石市工商行政管理局市场预警警示通知书》，提示该游戏机室涉嫌无证照经营，要求限期改正。2011年4月28日，黄石市公安消防支队因该游戏机室违反消防管理作出了罚款的行政处罚。同年7月1日，该游戏机室取得黄石市公安消防支队颁发的《公众聚集场所投入使用、营业前消防安全检查合格证》；7月22日取得黄石市文化局颁发的《娱乐经营许可证》；2011年8月26日在被告处办理了《个体工商户营业执照》。

二原告系死者张松的父母，二人曾于2011年2月25日、8月29日向被告递交书面申请，要求被告对涉案游戏机室的无证照经营行为予以查处，并要求该游戏机室承担民事赔偿责任。2011年10月8日，二原告向被告递交了一份《刑事附带民事诉状》，以张朋、游戏机室业主及经营人员、黄石市公安局黄石港分局刑侦三中队、黄石市文化局、黄石港区工商局为被告，要求追究各自的刑事、民事及行政责任。2012年1月，两原告向被告邮寄了一份《行政赔偿申请》，要求被告赔偿经济损失30万元。因被告未予答复，两原告诉至法院。

【案件焦点】

本案行政机关是否有不履行法定职责的行为。

【法院裁判要旨】

湖北省黄石市黄石港区人民法院经审理认为：

一、根据相关法律法规的规定，对个体工商户的经营活动进行监督管理，是工商行政管理部门的法定职责。只要出现管辖事实发生，无论有无申请，工商部门均有责任实施一定的行政行为。若不实施一定的行政行为，即构成不履行法定职责；

二、根据国务院、省政府、市政府三级行政法规及规范性文件规定，对娱乐场所无证照擅自从事经营活动的监督管理，不同的部分不同的职责分工。涉案游戏机室在两原告之子死亡时属于无证照经营，但当时该游戏机室既未取得消防合格证，也未取得娱乐经营许可证，即尚处于向消防、文化部门申请办理相关许可证之时，还未到向被告申请办理营业执照的阶段。被告在发现其处于无证照经营状态时，已两次发出市场预警警示通知书，要求其限期改正。被告已履行了适当的监管职责，不存在不履行法定职责的情形。两原告主张被告怠于履行行政职责的观点，本院不

予支持；

三、两原告之子的死亡是犯罪嫌疑人的犯罪行为直接造成的，与被告对涉案游戏机室的监督管理行为无法律上的因果关系，因此，对两原告要求被告承担行政赔偿责任的请求，本院亦不予支持。

黄石市黄石港区人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（一）项之规定，判决如下：

驳回原告张嗣良、黄菊仙的诉讼请求。

张嗣良、黄菊仙不服一审法院的判决，向湖北省黄石市中级人民法院提起上诉，称该游戏机室在没有办理相关许可证和营业执照的情况下，违法经营，工商局黄石港分局作为行政管理机关，未依法履行取缔该游戏机室违法经营活动的法定职责，该局对张松的死亡后果负有责任。

湖北省黄石市中级人民法院经审理认为：湖北省人民政府下发的鄂政办发［2011］5号《关于建立查处取缔无证无照经营综合治理工作机制的意见》中明确了工商行政管理部门的职责是对无须取得许可证或已经取得许可证，但未依法取得营业执照，或已经办理注销登记或被吊销营业执照，以及营业执照有效期届满后未按规定重新办理登记手续，擅自从事经营活动的行为进行查处。由于游戏机室作为娱乐场所必须到文化部门办理许可证，但涉案游戏机室并未取得许可证，故对该游戏机室的查处并非是工商行政管理部门的职责。张嗣良、黄菊仙认为工商局黄石港分局不履行监管职责的上诉理由不能成立，本院不予支持。张松的死亡，是由张朋的犯罪行为造成，并非国家机关和国家机关工作人员怠于履行行政职责所造成。故张嗣良、黄菊仙要求工商局黄石港分局对张松的死亡承担赔偿责任的上诉理由亦不能成立，本院不予支持。

湖北省黄石市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第一款之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案原告是以被告不履行法定职责为由提起诉讼的。行政不作为是行政行为中的一个重要组成部分，在行政管理活动中普遍存在，对双方当事人都有着重大影

响，是实现依法行政必须予以重视的领域。

除了需具备行政违法行为的一般构成要件，行政不作为还有特殊构成要件：

1. 法定的作为义务。所谓“法定”是指“有法律根据”的意思。行政作为的义务来源于法律的明确规定，根据中国的行政组织法，各行政机关都有法定职责，同时，也有要求行政机关在履行法定职责时遵守法定程序的义务。

2. 履行义务的可能性。行政不作为违法以行政主体没有履行法定作为义务为必要条件。虽然行政主体负有法定作为义务，但如果存在不可抗力等情形，那么，就只能是行政作为不能，而非行政不作为。行政主体不履行法定义务表现为，行政主体没有作出任何意思表示，或不予接受、迟延办理。如在公民、法人或者其他组织面临人身权、财产权遭受侵害时，具有相应法定职责的行政机关予以拒绝或不予答复。行政机关对行政相对方提出的保护人身权和财产权的申请明确表示不履行或虽然未明确表示不履行但超过法定期限仍不履行，即在法定期限内，既不表示履行也不表示不履行。这里的“不履行”不是行政主体意志以外的原因，而是有履行能力却故意未履行、延迟履行。

3. 履行义务的必要性。有人称之为“现实义务”，即“具体条件已经产生，行政主体必须立即履行的作为义务”。即行政主体不行使行政权而仅凭公民的个人力量，不足以避免损害的发生，故期待其行使行政权。

确保行政权力的依法行使首先是行政机关的重要职责。作为公权力的行使者，行政机关有义务确保行政权力的行使符合公权力设立的本意，依法履行职责，行使权力不懈怠、不滥用。因此，保障相对人合法权益与控制行政权力的合法、有效行使便成为行政法的重要目的和任务。从行政诉讼的本来意义上讲，应该把保护行政相对人的合法权益放在第一位，并以此来保障和监督行政机关依法行政。监督行政主体履行法定职责是设立行政不作为制度的重要目的之一。

编写人：湖北省黄石市黄石港区人民法院　朱晓冬

2

其他规范性文件规定的退休养老补差待遇核发对象的认定

——杜紫东诉厦门市海沧区人力资源和社会保障局不履行法定职责案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市海沧区人民法院（2012）海行初字第4号行政判决书

2. 案由：诉人力资源和社会保障局不履行法定职责

3. 当事人

原告：杜紫东

被告：厦门市海沧区人力资源和社会保障局（以下简称海沧人社局）

第三人：厦门市海沧区广播电视台

【基本案情】

厦府（2004）178号文件是厦门市人民政府文件，由《厦门市人民政府关于印发厦门市事业单位职工基本养老保险试行办法的通知》（下称《通知》）和《厦门市事业单位职工基本养老保险试行办法》（下称《办法》）两部分内容组成。《办法》第17条规定，“本办法实施前已在编的参保职工和退休（职）人员，其退休（职）养老金按照企业职工基本养老保险规定调整的数额低于人事行政部门按原事业单位退休制度调整数额的，差额部分按原经费渠道解决。……”

原告于1988年被原杏林区人事局招收为厦门市杏林有线广播站（后变更为海沧区广播电视台）全民合同制工人。1988年7月起，原告开始参加职工养老保险至2011年10月达到退休年龄。原告退休后，厦门市人力资源和社会保障局于2012年6月27日对原告杜紫东作出厦劳退养字T［2011］126435号《厦门市职工社会养老保险待遇计发决定书》，原告对此无异议。原告先后通过第三人、主管部门等途径，要求被告海沧人社局按照厦府（2004）178号文件相关规定办理原告的退休

补差待遇。被告答复称原告属于合同制工人，不是厦府（2004）178号文件适用对象，其基本养老保险应按照《厦门市职工基本养老保险条例》办理。原告不服，提起行政诉讼。原告认为根据《办法》第17条，自己领取的退休养老金就是按照企业职工基本养老保险规定计发，该养老金数额低于人事行政部门按原事业单位退休制度调整的数额，且自己是“本办法实施前已在编的参保职工”，应当享受退休养老补差待遇，要求判令被告履行核发退休养老补差待遇的法定职责。被告认为《办法》第2条第3款的规定：“事业单位聘用的劳动合同制职工及其他编外人员，其基本养老保险按照《厦门市职工基本养老保险条例》执行”，已经明确了所有劳动合同制职工都不属于《办法》的参保对象，故《办法》第15条第2款、第17条的规定均与劳动合同制职工无关，要求驳回原告的诉讼请求。第三人述称，其系财政全额核拨事业单位，无审批职工人事劳资及退休的职权，原告系其单位在编参保职工，在法律法规允许的情况下，尽可能保护劳动者的合法权益，请求法院依法裁判。

法院依法于2012年12月7日向厦门市人力资源和社会保障局发出《关于对〈厦门市事业单位职工基本养老保险试行办法〉相关问题说明的函》，厦门市人力资源和社会保障局于2012年12月12日复函，对本案涉及的厦府（2004）178号文件的有关条款进行了解释。

【案件焦点】

原告是否属于厦府（2004）178号文件适用对象，能否享受《办法》规定的事业单位退休养老补差待遇。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市海沧区人民法院经审理认为：补差待遇是厦门市政府为了保证可享受补差待遇的参保人员总体退休待遇不降低而发放的一种待遇，由厦府（2004）178号文件加以规范。被告海沧人社局负有办理退休养老补差待遇的法定义务。原告是在1988年以全民合同制工人身份被招收到事业单位工作，并一直缴纳社保直至退休，是属于全拨事业单位的在编参保合同制职工。《办法》第二条第三款规定，“事业单位聘用的劳动合同制职工及其他编外人员，其基本养老保险按照《厦门市职工基本养老保险条例》执行”。故不论原告是经批准招收还是聘用，都不影响原

告合同制的身份以及《办法》第二条第三款对原告的规范。据此，原告不是厦府（2004）178号文件规定的退休养老补差待遇对象。厦门市人力资源和社会保障局的函复已明确了《办法》第十五条、第十七条所指的“本办法实施前已在编的参保职工”是基于《办法》的参保对象而言，不包含《办法》实施前已在编的劳动合同制职工。因此，原告认为其是《办法》实施前的在编参保职工与《办法》第十五条第二款、第十七条所规范的“本办法实施前已在编的参保职工”不是同一概念。原告要求被告向其核发退休养老补差待遇没有法律上的依据，被告据此回复拒绝原告的办理请求并无不当。故原告要求判令被告履行退休养老补差待遇的诉求不能得到支持。

【法官后语】

厦府（2004）178号文件是由厦门市人民政府发布的地方规范性文件，原告依据这一文件主张被告应履行法定职责，对其效力不持异议，该厦府（2004）178号文件也没有违反法律规定的情形，因此，该厦府（2004）178号文件在本案中可以作为审查被告是否未履行法定职责的依据。原、被告双方对《办法》第15条第2款、第17条所规范的“本办法实施前已在编的参保职工”的理解分歧是产生本行政纠纷的主要原因。为有效化解纠纷，法院主动商请有解释权的厦门市人力资源和社会保障局对本案涉及的若干问题做出书面解释。厦门市人力资源和社会保障局向法院作出复函。复函从《办法》制定的目的出发，以体系解释的方法，结合《办法》第2条对适用对象的列举和对非适用对象的排除性规定，作出《办法》第15条第2款、第17条规定的“本办法实施前已在编的参保职工”不包含《办法》实施前已在编的劳动合同制职工的解释，这一解释符合文义的逻辑规则，使得对《办法》的整体理解可以融通，不至于出现矛盾，具有可接受性。由于复函并非行政机关主动做出的公开的解释，法院将复函作为证据在庭审中举证、质证，确认真实性、合法性、关联性后，作为定案的依据。

本案系厦门市法院首例事业单位职工起诉要求行政机关履行办理退休养老补差待遇职责案件，原告提起行政诉讼前已多次通过信访局、“市长专线”等渠道信访、上访，并经两审民事诉讼未果，案件敏感性强，对抗性大。本案审理过程中，经法院商请厦门市人力资源和社会保障局对本案涉及的若干问题做出书面解释，并详尽

说理、释法答疑，最终获得当事人服判息诉息访、案结事了的良好效果。

编写人：福建省厦门市海沧区人民法院 吴丽芬 苏桔海

3

居民身份证与档案记载的出生时间不一致时应按何种时间来办理退休手续

——刘传武诉当阳市社保局不履行办理退休手续法定职责案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省宜昌市中级人民法院（2012）鄂宜昌中行终字第00040号行政判决书

2. 案由：诉人力资源和社会保障局不履行办理退休手续法定职责

3. 当事人

原告（上诉人）：刘传武

被告（被上诉人）：当阳市人力资源和社会保障局

【基本案情】

原告的居民身份证记载其出生时间为1952年3月20日。2012年3月12日，原告书面向被告申请办理退休手续，并提交了其职工档案。被告经审查发现，原告职工档案中，记载原告的出生时间均为1952年3月20日，但最先记载原告出生时间的《应征公民体格检查表》、《应征青年入伍登记表》、《入团志愿书》、《入党志愿书》、《退伍军人登记表》5份档案资料中原告的出生时间均有明显改动。为此，被告在当阳市档案局调取了1966年《当阳县育溪镇联合大队阶级成分登记册》，在当阳市民政局调取了《回乡复员军人登记表存根》。在这两份档案材料中，原告的出生时间记载为1954年3月。被告根据上述档案材料，认定上述改动的原告的档案材料中原填写的出生时间为1954年3月。因原告的身份证记载的出生时间与职

工个人档案最先记载的出生时间不符，根据劳社部发（1999）8号《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》、鄂劳险（1999）158号《关于进一步加强企业职工退休审批工作的通知》、鄂劳社发（2007）59号《关于完善企业职工基本养老保险若干问题的暂行处理意见》的相关规定，即“对职工出生时间的认定，实行居民身份证与职工档案相结合的办法。当本人身份证与档案中记载的出生时间不一致时，以本人档案中最先记载的出生时间为准”之规定，认定原告的出生时间为1954年3月。被告认为原告尚未达到退休年龄，暂不能为原告办理正常退休手续，并于2012年4月27日给原告作出了书面答复。原告认为，居民身份证是证明居民个人身份信息最权威、法律效力最高的证明文件，档案的证据效力远低于身份证。被告依据的规范性文件与《居民身份证法》第13条“居民从事有关活动，有权使用居民身份证证明身份，有关单位及其工作人员不得拒绝”之规定相抵触，应不予采信。被告认定原告出生时间的行为明显超越职权。请求法院判令被告依法履行法定职责，为原告办理退休手续。诉讼中，当阳市人民法院查阅了原告的职工档案，其档案中最先记载其出生时间的是《应征公民体格检查表》等5份材料，这5份材料中原告的出生时间均有明显改动，且尚能看出原填写的出生时间为1954年3月。

【案件焦点】

1. 原告的出生时间，是按其居民身份证上记载的出生时间认定还是按其职工档案中最先记载的出生时间认定；2. 不按其居民身份证上记载的出生时间认定是否违反了《居民身份证法》第十三条之规定。

【法院裁判要旨】

湖北省宜昌市当阳市人民法院经审理认为：劳社部发（1999）8号等文件是关于办理职工退休手续的专门性规范性文件，是被告在办理退休手续时计算退休时间的规范性依据；而《中华人民共和国居民身份证法》在办理职工退休手续方面并不具有指导如何计算退休时间的作用。在办理退休手续时应当根据其功能选择适用与该项事务密切相关的规范性文件。《中华人民共和国居民身份证法》第十三条是要求有关单位和人员不得拒绝居民使用居民身份证，而不是要求有关单位和人员必须无条件地采信居民身份证上的全部信息。居民身份证上所记载的身份信息是否全部真实，其他单

位和人员可以进行审查、判断。被告根据对原告档案资料的审查，按其档案中最先记载的出生时间来计算其退休时间，符合相关规范性文件的规定，并不违反《中华人民共和国居民身份证法》。为此，法院判决如下：驳回原告刘传武的诉讼请求。

刘传武持原审起诉意见提起上诉。湖北省宜昌市中级人民法院经审理认为：上诉人居民身份证上记载的出生日期在缺乏有效出生证明证实的情况下存在不确定性，不能客观反映上诉人的真实出生日期。劳社发（1999）8号文件是关于办理职工退休手续的专门规定，是办理退休手续时认定出日期的规范性依据。本案中，上诉人居民身份证上记载的出生日期存在着不确定性，且与档案记载的出生时间不一致。在此情况下，被上诉人依据专门规范性文件的规定，以其档案最先记载的出生时间作为是否符合办理退休手续的条件并无不当。二审法院故作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的关键在于对《居民身份证法》的理解和适用。1. 在选择适用法律、法规和规范性文件时，首先要辨别其功能，只有在功能相同的情况下，才能优先适用效力级别高的文件；在功能不一致时，要优先适用与相关事务联系紧密的文件。本案中，虽然《居民身份证法》的效力级别高于劳社部发（1999）8号文件，但前者不具有指导如何计算退休时间的作用，而后者是指导如何计算退休时间的专门性规范性文件，因此应优先适用后者；2.《居民身份证法》第十三条规定，公民从事有关活动，在需要证明身份时，有权使用居民身份证证明身份，有关单位及其工作人员不得拒绝。该条规定是要求有关单位及其工作人员不得拒绝居民使用身份证，而不是要求有关单位及其工作人员必须无条件地采信其信息。居民身份证的作用在于证明居民的身份信息，在一般情况下，它的证明效力大于其他证据，但这并不意味人们必须无条件地采信居民身份证上的所有信息。居民身份证在性质上属于书证，只不过是一种特殊的书证。既然居民身份证是一种书证，有关单位及其工作人员就可以对它记载的信息进行审查、判断，并根据审查的情况决定是否采信其信息。在有充分的证据证明居民身份证记载的信息有误时，不采信其信息完全合法，并不违反《居民身份证法》第十三条之规定。

编写人：湖北省宜昌市当阳市人民法院　张斌　肖中新

4

行政机关能否以当事人所反映问题已向纪检监察机关举报为由拒绝履行自身职责

——恒隆物业公司诉招投标管理办公室不履行法定职责案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省淮安市中级人民法院（2013）淮中行终字第0018号行政判决书

2. 案由：诉招投标管理办公室不履行法定职责

3. 当事人

原告（被上诉人）：洪泽县恒隆物业服务有限公司（以下简称恒隆物业公司）

被告（上诉人）：洪泽县招投标管理办公室

【基本案情】

2012年3月2日，江苏泽盛元置业有限公司对其开发的“金科名人居”小区的前期物业管理在洪泽招投标网上发布招标公告，经资格预审，原告、洪泽县万豪物业公司等五家物业公司成为合格投标人，并于2012年3月28日下午2：30在洪泽县招标办公室开标大厅参加开标。在开标现场，除洪泽县万豪物业公司外，原告及其余三家物业公司均按招标文件的规定，将企业业绩信誉材料原件单独密封递交，唯有洪泽县万豪公司没有递交单独密封的企业业绩信誉材料原件。

2012年3月30日，原告与其它两家物业公司联名向被告投诉要求被告履行法定职责，责令招标人江苏泽盛元置业有限公司改正“接受应当拒收的招标文件”的错误行为，取消中标人洪泽县万豪物业服务有限公司的中标资格。

2012年4月10日，原告依据被告查明的“万豪公司无企业业绩及信誉材料，在评标过程中也没有发现其企业业绩及信誉材料与商务投标文件密封在一起的情

况”之新的事实，向被告提出投诉，认为万豪公司的投标文件依法属于废标。但被告仍然不予理睬。原告又于2012年4月21日和6月12日分别向被告提交了《请求对投诉是否受理给予明确答复的报告》和《关于请求对万豪物业公司的中标作无效处理的报告》，被告作为本次招投标活动的行政监管部门一直未给出答复，原告遂诉至法院请求人民法院依法判决被告履行法定监管职责。

【案件焦点】

洪泽县招投标管理办公室能否以恒隆物业公司所反映问题已向纪检监察机关举报为由拒绝履行自身职责。

【法院裁判要旨】

江苏省淮安市洪泽县人民法院经审理认为：依据《中华人民共和国招投标法实施条例》第四条规定，县级以上地方人民政府发展改革部门指导和协调本行政区域的招标投标工作。县级以上地方人民政府有关部门按照规定的职责分工，对招标投标活动实施监督，依法查处招标投标活动中的违法行为。洪泽县人民政府设立洪泽县招投标管理办公室，负责本行政区域内投标活动监督管理，依法对招投标工作中违纪违法行为进行调查和处理。原告以书面形式多次反映招标人江苏泽盛元置业有限公司接受应当拒收的招标文件的错误行为及洪泽县万豪物业服务有限公司投标时其项目经理张建军根本不是该公司的员工，中标人洪泽县万豪物业服务有限公司投标时提供的项目经理的资格证书是通过受让或者租借等方式获取的，投标时提供的项目经理简历、劳动关系证明是虚假的等事实，要求被告依法取消中标人洪泽县万豪物业服务有限公司的中标资格。被告随后给予原告书面答复，查明万豪物业服务有限公司的投标文件由商务部分和技术部分组成，不含企业业绩及信誉材料原件。被告在洪招管函（12）号文件中认为原告反映的洪泽县万豪物业服务有限公司项目经理张建军的有关情况待有关行政监督部门调查结果公布以后再做处理，不符合《中华人民共和国招投标法实施条例》第四条规定，查处招投标活动中的违法行为是被告的法定职责，原告要求被告依法履行法定职责的诉讼请求，本院予以支持。

江苏省淮安市洪泽县人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1、2目之规定，判决如下：

一、撤销被告洪泽县招投标管理办公室作出的洪招管函（2012）03号答复函

和洪招管函（2012）12号的决定；

二、被告洪泽县招投标管理办公室在本判决书生效后一个月内针对原告申请依法重新作出处理。

案件受理费50元，由被告负担。

洪泽县招投标管理办公室持原审辩论意见提起上诉。江苏省淮安市中级人民法院经审理认为：《中华人民共和国招标投标法实施条例》第四条第二款规定，县级以上地方人民政府有关部门按照规定的职责分工，对招标投标活动实施监督，依法查处投标招标活动中的违法行为。洪泽县人民政府依法设立的洪泽县招标投标管理办公室享有对招投标工作中违纪违法行为进行调查和处理的职权，应当审查洪泽县万豪物业服务有限公司是否有企业业绩及信誉材料，是否有托管单位，有无企业业绩、信誉材料及在开标时材料密封问题。一审中，被上诉人提供了洪泽县万豪物业服务有限公司于2011年9月21日中标洪泽县景湖大厦前期物业管理的证据，对此，上诉人既未提供任何证据否认该事实，也未提供证据证明洪泽县住房和城乡建设局出具证明的法律效力，故依据招标文件规定，在开标时应当提供本公司业绩及信誉材料。虽然上诉人以洪招管函〔2012〕03号对被上诉人等三公司进行回复，从形式上看其履行了法定职责，但并未解决江苏泽盛元置业有限公司在开标时是否存在违规接收洪泽县万豪物业服务有限公司投标文件的问题，同时也回避了洪泽县万豪物业服务有限公司是否有托管单位的问题，诉讼中，上诉人未提供证明其对被上诉人反映的问题进行了查处的证据，故该答复不能认定已履行了法定职责，原审法院依法撤销该答复并无不当。

关于上诉人作出的洪招管函〔2012〕12号回复是否合法的问题。《中华人民共和国招投标法实施条例》第六十一条第二款规定，“行政监督部门应当自收到投诉之日起3个工作日内决定是否受理投诉，并自受理投诉之日起30个工作日内作出书面处理决定”。上诉人于2012年6月12日收到被上诉人递交的《关于请求对万豪公司的中标作无效处理的报告》，到同月26日作出洪招管函〔2012〕12号回复，超过了法定受理期限，依法应予撤销。另外，从上诉人提供的被上诉人于2012年5月27日给洪泽县监察局的报告看，该报告与向上诉人反映并不是同一问题，故洪招管函〔2012〕12号函中“所有事实待有关行政监督部门调查结果公布以后再做处理”的答复无事实和法律依据。综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，

程序合法，上诉人上诉理由不能成立，其上诉请求本院不予支持。

淮安市中级人民法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

伴随着经济建设的不断发展，工程建设及物业服务等招投标活动日益增多，招投标双方在此过程中因技术评定、权利义务履行等争议而发生的各种民事诉讼较为普遍。同时，近年来，当事人通过起诉行政主管机关在履行监管职责过程中作出的行政决定来解决招投标争议的行政诉讼也开始出现，并呈现逐步增多的趋势。此类行政案件中，因涉及较多的技术专业问题，法院如何把握合法性审查标准和强度成为审理难点。本案中，当事人多次以书面形式向招投标监督管理部门反映招标人在招投标过程中存在违法违规行为，要求招投标监督管理部门依法取消中标人的中标资格。招投标监督管理部门不得以当事人所反映问题已向纪检监察机关举报、应待纪检监察机关调查结果公布以后再做处理为由拒绝履行自身职责。

编写人：江苏省淮安市洪泽县人民法院　凡振峰

5

前协议未予撤销，卖房者能否就同一房屋与其他购房者再次打印房产买卖协议

——王铭诉天津市国土资源和房屋管理局、天津市南开区房地产管理局要求履行法定职责案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

天津市第一中级人民法院（2012）一中行终字第261号行政判决书

2. 案由：诉国土资源和房屋管理局、房地产管理局不履行法定职责

3. 当事人

原告（上诉人）：王铭

被告（被上诉人）：天津市国土资源和房屋管理局、天津市南开区房地产管理局

第三人（被上诉人）：白雪杨、张静芳

【基本案情】

王铭与白雪杨、张静芳就王铭所有的位于天津市南开区华苑小区莹华里房屋达成买卖协议后，为办理过户手续，双方于2012年3月共同至天津市南开区房地产管理局要求打印《天津市房产买卖协议》。经工作人员检索系统发现，王铭曾于2009年12月17日与案外人黄占云、王辛就上述房屋签署并打印过《天津市房产买卖协议》，且该协议信息仍存储在私有房屋交易网络系统中，故拒绝为王铭再次打印协议。王铭主张为交易双方打印房产买卖协议是房管部门的一项行政职责，相关法律并未对打印协议行为作出限制性规定，被告拒绝打印协议的行为对原告行使房屋处分权进行了限制，属于滥用职权和行政不作为。二被告主张其同作为房屋管理的职能部门，负有监管义务，为防止一房两卖，维护房地产正常交易秩序，在王铭与前买房人所打印的买卖协议未被撤销前，无法为其再次打印买卖协议。

【案件焦点】

本案被诉不予打印房产买卖协议的行为是否构成行政不作为。

【法院裁判要旨】

天津市南开区人民法院经审理认为：被告天津市国土资源和房屋管理局作为本市房屋权属登记和管理机关，依法负责全市房屋权属登记工作。被告天津市南开区房地产管理局按照《天津市房地产交易网络管理规定》及天津市国土资源和房屋管理局《关于停止经纪机构打印〈天津市房产买卖协议〉的通知》规定，负责通过私有房屋交易网络系统，为辖区内私有房屋的交易双方当事人打印《天津市房产买卖协议》。房产买卖协议是房屋权属登记机构为交易双方办理房屋所有权转移登记时应当审查的要件之一。

原告王铭与前买房人黄占云、王辛所打印的《天津市房产买卖协议》信息仍有效存在于私有房屋交易网络系统中，在交易双方未按规定申请办理删除协议信息的情况下，二被告拒绝为原告与二第三人就同一房屋再次打印协议的行为，系依法履行监管职责，本院依法予以支持。原告在前协议未撤销的情况下，主张被告拒绝为其再次打印协议系行政不作为，理由不能成立，其诉讼请求本院依法不予支持。

天津市南开区人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回原告王铭的诉讼请求。

王铭持原审起诉意见提起上诉。天津市第一中级人民法院经审理认为：二被上诉人具有一审判决论述的相关法定职责。而《天津市房地产交易网络管理规定》的制定是为规范房地产市场秩序，实现房地产交易信息化、网络化、保护交易当事人合法权益。被上诉人天津市南开区房地产管理局在原交易双方未按照规定申请办理删除协议信息的情况下拒绝为上诉人与被上诉人白雪杨、张静芳就同一房屋再次打印买卖协议的行为并无不当，且被上诉人天津市南开区房地产管理局根据《天津市存量房屋交易资金监督管理办法》第二十条的规定，告知了上诉人如何解除协议并终结上次房屋过户登记程序，进而进行第二次房屋交易过户的方法。原审法院判决驳回上诉人的诉讼请求并无不当。上诉人上诉请求理由和证据不足，本院不予支持。

天津市第一中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

一审法院在审理本案过程中，合议庭曾就以下两方面问题有过意见分歧：

1. 本案是否属于人民法院行政诉讼的受案范围。

受理案件后，有一种观点认为：原告王铭起诉要求房管部门打印的《天津市房产买卖协议》是基于交易双方平等自愿达成房屋买卖协议基础上的行为，对王铭的权利义务并不产生实际影响，故本案不属于人民法院行政诉讼的受案范围，应裁定驳回原告起诉。

从形式上看，上述观点的确有其合理性。但结合现实情况考虑，交易双方如办理房产过户手续，必须到房管部门打印房产买卖协议。虽然订立协议是交易双方遵循平等自愿原则所形成的权利义务关系，但能否打印协议并非当事人能够选择决定。结合本案，被告拒绝为原告与二第三人打印买卖协议的行为，势必造成交易双方无法就涉诉房屋办理过户手续，当然会对原告的权利义务产生实际影响。因此，本案属于人民法院行政诉讼的受案范围。

2. 被告不予打印买卖协议的行为可能有限制当事人行使民事权利之嫌。

庭审中，原告曾主张不论其与前购房者所打印的买卖协议撤销与否，被告都不能拒绝履行为原告与第三人再次打印协议的职责，否则即是限制了原告对涉诉房屋的处分权。即使原告真是一房两卖，对方可依民事违约责任寻求司法救济，被告无权对此进行预判。

原告所持上述观点存有一定的道理。也就是说，在事后司法能够予以救济的情况下，行政机关有无必要在事先或事中予以行政干预。但我们认为，与原告所主张的待违规行为发生后，通过事后寻求司法救济方式相比，二被告在依法履行监管职责过程中，对有可能出现的一房两卖的违规行为，在前协议未予撤销前不予再次打印协议，此种事先或事中监管的方式，更能够充分有效地保护交易当事人的合法权益。与原告所主张的放弃监管，以避免限制当事人行使民事权利的价值追求相比，保护交易双方当事人合法权益，维护正常房产交易秩序的价值追求更符合法治社会下公众的期待。

另外，原告所谓行使对涉诉房屋的处分权即办理房屋过户手续的权利并非无法救济。对此，南开区房地产管理局依据相关规定，已告知原告如何解除与前购房者的协议并终结上次房屋过户登记程序，进而进行第二次房屋交易过户的方法。

综上，二被告拒绝为原告与第三人打印房产买卖协议的行为并无不当。一审判决驳回原告王铭的诉讼请求。原告上诉后，二审法院终审判决驳回上诉，维持原判。

编写人：天津市南开区人民法院　叶金馥

6

行政机关的口头答复是否属于行政决定

——方振良诉杭州市江干区人力资源和社会保障局不履行法定职责案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省杭州市江干区人民法院（2012）杭江行初字第19号行政判决书

2. 案由：诉劳动与社会保障机关不履行法定职责

3. 当事人

原告：方振良

被告：杭州市江干区人力资源和社会保障局（以下简称江干区人社局）

【基本案情】

原告方振良于1947年11月26日出生。1966年8月到杭州市五七农场插队，1979年4月特照回杭，1979年11月经招工进入杭州第一汽车运输公司工作，1984年4月从该单位辞职。2001年1月至2007年10月在采荷街道公益性岗位工作。原告方振良在采荷街道公益性岗位工作期间，街道为其缴纳养老保险6年10个月，后自行缴纳养老保险1个月。

2007年11月26日，原告方振良向杭州市江干区闸弄口街道劳动和社会保障管理站提交申请表及申请材料，要求办理退休手续。被告江干区人社局经审核后，由管理站两名工作人员将相关申请材料退还给原告本人，并口头通知了原告不符合办理按月领取养老保险金的条件，拒绝为其办理退休养老手续。后原告方振良先后到杭州市劳动和社会保障局、浙江省人民政府、中华人民共和国人力资源和社会保障部进行信访。2011年11月21日，被告江干区人社局针对原告方振良2011年11月4日的来信作出《信访事项告知单》，告知其关于工龄认定、合并计算的诉求已作

出答复，对同一诉求不再答复。2011 年 12 月 5 日，原告方振良向被告江干区人社局提交《要求履行法定职责申请书》，被告至今未作出答复。

【案件焦点】

1. 江干区人社局对方振良的口头答复是否属于行政决定，口头答复是否具备行政决定的成立要件；2. 方振良再次提交书面申请后，江干区人社局不予答复的行为是否构成行政不作为；3. 方振良的工龄是否能计算为连续工龄，并视同为缴费年限，是否符合按月领取基本养老金的条件。

【法院裁判要旨】

浙江省杭州市江干区人民法院经审理认为，根据《浙江省职工基本养老保险条例》第六条的规定，被告江干区人社局作为辖区内职工基本养老保险工作的主管部门，具有对原告方振良办理退休手续的申请作出答复的法定职责。2007 年 11 月，原告方振良通过闸弄口街道劳动和社会保障管理站向被告提交申请表，要求办理退休手续，但被告江干区人社局仅作口头答复。被告江干区人社局对原告方振良 2011 年 12 月 5 日提交的《要求履行法定职责申请书》，至今未答复，不能视为对同一事项重复申请拒绝答复，被告江干区人社局未履行其法定职责。据此，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（三）项、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第六十条第二款之规定，判决责令被告江干区人社局于本判决生效之日起三十日内对原告方振良的申请作出处理决定。

【法官后语】

1. 行政机关的口头答复行为具备一定的形式可以认定行政行为有效。

行政机关的口头答复不能简单的确定为有效或者无效，而应当考虑口头答复是否包含了法定必备要素，是否符合正当程序原则。如口头答复有明确的内容和行政相对人，包含认定事实的证据和依据，相对人履行义务的期限等要素，同时告知了行政相对人具有陈述权和申辩权，享有申请复议和提起诉讼的权利，可以认定该口头答复有效。本案中，被告江干区人社局告知了原告方振良不符合按月领取基本养老金的条件，所依据的事实和法律规定，但并未告知原告享有陈述和申辩的权利，

以及申请复议和提起诉讼的权利，不符合正当程序原则，应当认定为无效。

2. 行政机关的口头答复是否适当应当由人民法院予以认定。

任何行政行为都应当具备一定的形式，非要式行政行为由行政主体在职权范围内自行决定采取适当的形式和程序，但行政主体采用的形式是否适当，应当由人民法院进行综合认定。本案中，原告方振良采用提交申请表的形式向被告江干区人社局提出申请，而且申请事项关系到其本人的重大切身利益，被告作为国家行政机关，仅做简单的口头答复，缺乏行政行为的严肃性和正式性，使原告无法及时行使救济权利，故应当认定被告构成行政不作为。

3. 对行政法律规范未规定行政主体必须采用特定形式的行政行为，人民法院以何种标准确定行政主体的答复形式？

笔者在综合本案案情的前提下，提出以下情形行政机关应当以书面形式作出答复：(1) 行政相对人采用书面等正式方式要求行政机关作出答复。(2) 行政相对人申请事项涉及其自身重大切身利益。本案中，原告方振良的退休养老金的发放关系到其本人的晚年生活保障问题，简单的口头答复明显与原告的利益重要性不相对称。(3) 法律依据的适用比较复杂，且争议较大。本案中，原告方振良的工龄是否能够连续，是否可以视同为缴费年限，涉及劳人培（1985）23号、劳办发〔1994〕340号、浙劳险（1995）221号等文件及《浙江省职工基本养老保险条例》如何适用的问题，被告江干区人社局作出的口头答复显然不能明确表述上述法律规范的适用关系，原告方振良作为文化水平不高的普通群众也并不能完全领会其适用依据，故口头答复不能明确传达行政行为的具体内容。(4) 其他情形。

编写人：浙江省杭州市江干区人民法院　何勇　闫时松

7

将不予处罚决定书送达控告人是否属公安机关履行法定职责范围

——杨兆华诉沭阳县公安局不履行法定职责案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省宿迁市中级人民法院（2012）宿中行终字第0019号行政判决书

2. 案由：诉公安机关不履行法定职责

3. 当事人

原告（上诉人）：杨兆华

被告（被上诉人）：沭阳县公安局

【基本案情】

杨兆华与第三人仲从军系邻居。2010年9月间，第三人仲从军将靠近其宅基地的一棵树砍倒，于2010年12月间将砍伐的树运至其板厂使用。原告认为被砍倒的树是在其宅基地上，是原告家栽的树。原告于2011年2月2日用特快专递方式向被告沭阳县公安局报案，被告接到报案后，于2011年2月9日立案并进行了调查，经调查，认定第三人仲从军涉嫌故意损毁财物，违法行为情节轻微，于2011年4月2日根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第十九条第一款第（一）项之规定，作出沭公（庙）不字［2011］第01号《不予处罚决定书》，于同日向第三人仲从军送达。庭审中被告认可，在向原告杨兆华送达《不予处罚决定书》时，杨兆华拒收，未将《不予处罚决定书》留置在被送达人住所。

另查明，2011年5月30日，原告以被告未依法履行保护其财产权法定职责为由向沭阳县人民政府申请行政复议，沭阳县人民政府以被告已履行了相关法定职责

为由，于2011年8月28日作出［2011］沭行复第8号《驳回行政复议申请决定书》，驳回了原告的行政复议申请。原告不服向法院提起行政诉讼。

【案件焦点】

公安机关作出的《不予处罚决定书》是否应当送达控告人，送达行为是否属于公安机关的法定职责。

【法院裁判要旨】

江苏省宿迁市沭阳县人民法院经审理认为：根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第七条规定，县级以上地方各级人民政府公安机关负责本行政区域内的治安管理工作。据此，沭阳县公安局具有负责本行政区域内的治安管理工作的法定职责。根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第七十七条规定："公安机关对报案、控告、举报或者违反治安管理行为人主动投案，以及其他行政主管部门、司法机关移送的违反治安管理案件，应当及时受理，并进行登记。"第七十八条规定："公安机关受理报案、控告、举报、投案后，认为属于违反治安管理行为的，应当立即进行调查；认为不属于违反治安管理行为的，应当告知报案人、控告人、举报人、投案人，并说明理由。"第九十五条规定："治安案件调查结束后，公安机关应当根据不同情况，分别作出以下处理：（一）确有依法应当给予治安管理处罚的违法行为的，根据情节轻重及具体情况，作出处罚决定；（二）依法不予处罚的，或者违法事实不能成立的，作出不予处罚决定"。本案被告在接到原告控告状后及时予以立案，进行调查处理，于2011年4月2日作出沭公（庙）不字［2011］第01号《不予处罚决定书》，并于当日向第三人仲从军送达了该《不予处罚决定书》，被告已经履行了法定职责，原告称被告在接到其对第三人仲从军非法盗伐林木控告后，一直未予答复与事实不符，不予采信，原告要求被告限期履行法定职责的诉讼请求，无事实和法律依据，不予支持。关于被告作出的处理决定是否应向原告送达的问题。本院认为，本案被告作出的沭公（庙）不字［2011］第01号《不予处罚决定书》，其行政相对人是第三人仲从军，不是原告，原告作为控告人，目前法律并未明确规定应将案件处理决定文书直接送达控告人。但鉴于被告作出的具体行政行为与原告有一定的利害关系，被告应当将案件处理结果以明确形式告知原告，本案被告在向原告送达沭公（庙）不字［2011］第01号《不予处罚决定书》时，未将该

《不予处罚决定书》留在原告住所，其执法程序存在一定瑕疵，对此被告应在以后的执法中加以改进和规范，但该执法程序瑕疵并不实际影响被告作出的不予处罚决定的有效性。

江苏省沭阳县人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回原告杨兆华的诉讼请求。

杨兆华认为一审法院认定公安机关已履行法定职责错误，提出上诉请求改判确认被上诉人不履行法定职责行为违法。江苏省宿迁市中级人民法院经审理认为：本案中，被上诉人沭阳县公安局收到上诉人寄送的控告状后及时予以立案受理，随即开展调查取证，询问当事人及相关人员，并对涉案树木进行了价值鉴定。被上诉人认为原审第三人仲从军所实施的行为情节特别轻微，遂依照《中华人民共和国治安管理处罚法》第十九条第（一）项的规定，于2011年4月2日作出沭公（庙）不字［2011］第01号《不予处罚决定书》，并已向原审第三人仲从军送达。故被上诉人沭阳县公安局已经履行了法定职责。上诉人杨兆华主张不予处罚决定书系被上诉人伪造，但其没有提供证据予以证明，本院对该主张不予采信。关于被上诉人作出的不予处罚决定书是否应向上诉人送达的问题。《中华人民共和国治安管理处罚法》第九十七条规定："公安机关应当向被处罚人宣告治安管理处罚决定书，并当场交付被处罚人；无法当场向被处罚人宣告的，应当在二日内送达被处罚人。决定给予行政拘留处罚的，应当及时通知被处罚人家属。有被侵害人的，公安机关应当将决定书副本抄送被侵害人。"该条款仅涉及作出治安处罚决定送达问题，现行法律法规对不予处罚决定书应否送达控告人并无明确规定。即便被上诉人未能将不予处罚决定书送达上诉人也只是执法程序上的瑕疵，并不能由此否定被上诉人已履行了法定职责。一审认定被上诉人已履行法定职责，并无不当。综上，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，应予维持。上诉人的上诉理由不能成立，其上诉请求本院不予支持。江苏省宿迁市中级人民法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

《治安管理处罚法》第九十七条规定："公安机关应当向被处罚人宣告治安管理处罚决定书，并当场交付被处罚人；无法当场向被处罚人宣告的，应当在两日内送达被处罚人。决定给予行政拘留处罚的，应当及时通知被处罚人家属。有被侵害人的，公安机关应当将决定书副本抄送被侵害人。"该条款仅涉及作出治安处罚决定送达问题，现行法律法规对不予处罚决定书应否送达控告人并无明确规定。即便公安机关未能将不予处罚决定书送达控告人，亦属执法程序上的瑕疵，并不能由此否定公安机关已履行了法定职责。通过本案，建议公安机关等执法机关今后在执法办案过程中进一步完善执法程序，减少因程序瑕疵引发的诉讼及信访问题。

编写人：江苏省宿迁市沭阳县人民法院 季艳 马迪锋

8

劳动争议处理程序阻断劳动监察行政处理程序

——陈永兵诉厦门市同安区人力资源和社会保障局不履行劳动监察法定职责案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦行终字第131号行政判决书

2. 案由：不履行劳动监察法定职责

3. 当事人

原告（上诉人）：陈永兵

被告（被上诉人）：福建省厦门市同安区人力资源和社会保障局（以下简称同安人社局）

第三人：厦门新安泰发工业有限公司（以下简称新安泰发公司）

【基本案情】

2011年9月24日，陈永兵向厦门市政府网站政府在线投诉第三人厦门新安泰发公司存在未与其签订劳动合同、未为其办理社会保险、劳动者基本工资为950元低于厦门市最低工资标准等三处违法情形，要求同安人社局履行劳动监察职责。10月9日，同安人社局下属的同安区劳动监察大队收到厦门市人力资源和社会保障投诉中心转来的原告信访转办单和厦门市人民政府市长专线转办单，10月11日，该信访案件转由劳动监察大队二室处理，10月12日，劳动监察大队领导审批受理立案，并于当日向第三人发出并送达《劳动保障监察调查询问书》，责令该公司派员接受调查询问并提供相关资料，派出劳动监察员到第三人处进行初步现场检查、了解情况。第三人按规定向同安人社局报送了用人单位资质、原告用工档案、规章制度培训等资料。10月19日，第三人向陈永兵发放无争议部分的工资2276元。10月21日，同安人社局向第三人发出并送达《劳动保障监察限期改正指令书》，指出第三人存在未依法订立劳动合同的行为，违反《劳动合同法》规定，责令其在2011年10月28日之前支付陈永兵8月20日至10月14日双倍工资共计1704元。10月27日，陈永兵向厦门市同安区劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁。10月28日，同安人社局对该案作结案处理。2012年1月17日，陈永兵不服仲裁结果，向厦门市同安区人民法院提起民事诉讼。3月12日，法院作出（2012）同民初字第550号民事判决，原告不服，上诉至厦门市中级人民法院，目前该案在二审审理中。3月27日，同安人社局告知陈永兵按劳动争议仲裁程序处理已裁决的情况。

陈永兵认为，同安人社局未依法一一处理被投诉单位的三处违法行为，仅仅加上“无法调解”四字就不予理会，以致其至今未领取应得工资、经济补偿金及赔偿金。同安人社局的行为违反《劳动保障监察条例》及《中华人民共和国劳动合同法实施条例》的规定，没有履行劳动监察职责，属于行政不作为。同安人社局主张，其在行政处理程序中，已依法、及时履行《劳动保障监察条例》的相关职责；因陈永兵在行政程序中自行选择将与新安泰发公司间的争议事项提交仲裁、诉讼司法程序处理，根据《劳动保障监察条例》第二十一条第二款规定，同安人社局作为行政机关的行政处理程序已依法终结，无权再对已由司法机关处理的争议事项进行重复处理或行政干预，据此终结行政程序是完全合法的。

【案件焦点】

行政相对人在行政部门进行劳动保障监察处理的过程中，就相关劳动争议事项提起劳动仲裁的，行政部门终止行政处理程序，是否构成行政不作为。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市同安区人民法院经审理认为：根据《劳动保障监察条例》第三条的规定，同安区人社局具有对于本行政区域内的用人单位进行劳动保障监察的法定职权。本案中，同安区人社局在接到厦门市人力资源和社会保障投诉中心转来的关于原告的信访转办单和厦门市人民政府市长专线转办单后，3日内即立案受理并向第三人送达《劳动保障监察调查询问书》，责令第三人派员接受调查询问并提供相关资料，并派出劳动监察员到第三人公司进行初步现场检查、了解情况。在第三人支付无争议部分的工资后，依据法定职权向第三人发出《劳动保障监察限期改正指令书》，责令第三人改正违法行为。《劳动保障监察条例》第二十一条第二款规定："对应当通过劳动争议处理程序解决的事项或者已经按照劳动争议处理程序申请调解、仲裁或者已经提起诉讼的事项，劳动保障行政部门应当告知投诉人依照劳动争议处理或者诉讼的程序处理"。从法理上讲，行政机关受理劳动者有关工资问题的投诉，是行政机关依法行政干预，通过依法行政干预促使用人单位自动履行相关的劳动合同义务。如果用人单位违反劳动法律法规，则依法予以行政处罚。若使劳动争议得到最终解决，则应由劳动合法一方当事人通过劳动仲裁、民事诉讼途径解决。由于2011年10月27日，陈永兵已申请仲裁，同安区人社局按照规定对陈永兵的投诉作结案处理，由原来的行政处理程序转由按劳动争议仲裁、诉讼的司法程序处理，并无不当。综上，陈永兵起诉同安区人社局行政不作为，缺乏事实和法律依据，不予支持。

厦门市同安区人民法院根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回原告陈永兵的诉讼请求。

陈永兵不服一审判决，持原审起诉意见提起上诉。厦门市中级人民法院经审理，确认一审法院认定的事实和证据。

厦门市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案涉及仲裁、诉讼等劳动争议处理程序与劳动保障监察行政处理程序能否同时进行的问题。首先应明确二者的联系与区别。劳动争议处理程序与劳动保障监察行政处理程序都是法律规定的维护劳动者合法权益的方式，但二者在法律性质和操作程序上又存在诸多不同：

1. 法律性质不同。劳动争议仲裁是“准司法”行为，诉讼是司法审判行为，均是以第三方身份对劳动者与用人单位之间争议事项居中作出裁决。而劳动保障监察处理则是行政机关的执法行为，是行政机关将劳动法律法规具体适用于劳动者和用人单位的行为，体现国家对劳动保障领域的管理和干预。

2. 法律地位不同。在劳动争议处理程序中，劳动仲裁机构和司法机关均是作为居中第三方出现的，处理地位平等的劳动者和用人单位之间具有私法性质的劳动争议。而在劳动保障监察处理程序中，劳动保障监察部门是作为行政职权的行使者出现的，劳动者和用人单位是其行政管理的相对人。

3. 处理程序不同。劳动争议处理程序只能依当事人申请启动，遵循“不告不理”原则，充分体现当事人的权利处分自愿。而劳动保障监察处理程序既可以根据当事人的举报、投诉立案，又可以由劳动保障监察部门主动对用人单位遵守劳动法律法规的情况实施监察。

4. 法律效力不同。劳动保障监察的受理时限是2年，劳动保障监察部门对用人单位作出的处罚决定书一经送达当事人就产生法律效力，当事人不服的，可提出行政复议或行政诉讼。劳动仲裁的受理时限是60天，劳动仲裁裁决书送达当事人后，一方当事人不起诉又不履行义务的，另一方当事人可向法院申请强制执行；任何一方当事人不服的，可向人民法院提起民事诉讼，法院裁决书送达当事人后，双方当事人逾期未上诉的，该裁决产生强制执行效力。

综上，劳动争议处理程序与劳动保障监察程序是司法权或“准司法权”与行政权合理分工的两个程序，这就决定了在解决有关劳动保障问题时二者不能同时适用。《劳动保障监察条例》第二十一条第二款规定“对应当通过劳动争议处理程序解决的事项或者已经按照劳动争议处理程序申请调解、仲裁或者已经提起诉讼的事项，劳动保障行政部门应当告知投诉人依照劳动争议处理或者诉讼的程序处理”，也正是基于这样的考量。一方面，根据司法权与行政权分工的原则，一旦劳动仲裁

部门或人民法院受理当事人的仲裁或诉讼申请，就说明劳动争议案件已经进入司法程序，劳动行政部门不应再对相关事项加以处理。这是行政部门依法行政、尊重司法独立的客观要求，也是落实行政经济原则，避免重复、冲突处理的必然结果。另一方面，行政机关受理劳动者的投诉、举报，对用人单位违反劳动法律法规的行为予以处理，是行政机关依法行使行政管理、干预职权的体现。而一旦劳动者与用人单位之间发生争议，就不是简单的执法问题，而需要由中立第三方依法判断是非、裁决解决争议，此时就应通过劳动仲裁、民事诉讼途径处理。

编写人：福建省厦门市同安区人民法院　洪秀娟　陈为山

二、行政确认

9

因工外出期间因工作原因感染疟疾能否认定为工伤

——无锡市德润轻工机械厂诉无锡市人力资源和社会保障局、第三人吴君良人力资源和社会保障行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院（2012）锡行终字第0060号行政裁定书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告（上诉人）：无锡市德润轻工机械厂（以下简称德润机械厂）

被告（被上诉人）：无锡市人力资源和社会保障局（以下简称市人社局）

【基本案情】

吴君良系德润机械厂职工。2010年9月11日至同月20日期间，吴君良被德润机械厂派至尼日利亚工作。回国后，吴君良出现发热、全身酸痛的症状，先后前往社区医院、无锡市锡山人民医院治疗，均未查明病因。2010年10月29日，吴君良至无锡市第二人民医院（以下简称二院）住院治疗。2010年11月23日二院检验报告单显示找到疟原虫，并标注有“恶性疟可能”的字样。二院出院记录上亦载明：“并联系传染病医院会诊后认为不能除外疟疾，在发热时再血涂片找疟原虫示疟原虫可及（恶性疟），联系传染病医院会诊后同意转院治疗。”2010年11月24

日吴君良转至传染病医院治疗，传染病医院出具的医疗证明书上载明“诊断：恶性疟原虫疟疾”。2010年11月24日、2010年11月27日传染病医院检验报告单显示两次疟原虫镜检均为阴性。2010年12月2日吴君良治愈出院。2011年6月20日，锡山疾控中心出具了关于2010年尼日利亚输入性恶性疟患者吴君良的证明，载明：“区疾控中心复核血片为恶性疟。根据我区无恶性疟本地患者，患者曾于发病前10天在恶性疟流行疫区尼日利亚逗留10日，恶性疟发病潜伏期一般为11－16天，确定患者吴君良为尼日利亚输入性恶性疟。”

2011年7月21日吴君良向无锡市人力资源和社会保障局（以下简称市人社局）申请工伤认定，并提交了二院出院记录复印件、护照、锡山疾控中心证明等申请材料。市人社局受理后向德润机械厂发出工伤认定举证通知书。德润机械厂于2011年7月29日向市人社局提交了关于吴君良同志是非工伤的情况报告及其他职工关于吴君良严重违反厂纪厂规情况的证人证言一份，认为吴君良多方治疗未得出疟疾结论，也无确诊的医疗资料。市人社局经调查、审核，根据《工伤保险条例》第十四条第（五）项规定，于2011年9月9日作出锡人社工伤认（2011）第3500号工伤认定决定，决定吴君良在上述时间、地点受到的伤害，认定为工伤。德润机械厂不服，于2012年3月1日向无锡市人民政府申请行政复议，无锡市人民政府于2012年5月10日作出［2012］锡行复第33号行政复议决定书，维持市人社局所作的工伤认定决定。德润机械厂仍不服，遂提起行政诉讼。

【案件焦点】

1. 吴君良诊断为疟疾的事实能否予以认定；2. 吴君良所患疟疾是否应认定为工伤。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市崇安区人民法院经审理认为：根据《工伤保险条例》的规定，市人社局具有负责本行政区域内的工伤保险工作的法定职责。根据《工伤保险条例》第十四条第（五）项规定，职工因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的，应当认定为工伤。本案中，吴君良向被告提供的二院出院记录、2010年11月23日检验报告单、传染病医院的出院记录、医疗证明书及锡山疾控中心证明等证据形成证据锁链，能够证明吴君良在尼日利亚工作回国后被发现感染输

入性恶性疟及其治疗过程。疟疾属于国家规定的传染病，吴君良在尼日利亚工作期间感染疟疾，是由特定的劳动环境造成的，属于因工作原因造成伤害，符合上述规定的情形，被告所作出的工伤认定决定并无不当。《工伤保险条例》第十九条第二款规定，职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。原告德润机械厂提出吴君良所患并非疟疾、其所受伤害不符合《工伤保险条例》有关规定等主张，未提供足够证据予以证明，且理由不能成立，故不予支持。

无锡市崇安区人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定，作出判决：驳回原告无锡市德润轻工机械厂请求撤销被告无锡市人力资源和社会保障局作出的锡人社工伤认（2011）第3500号工伤认定决定的诉讼请求。

德润机械厂持原审起诉意见提起上诉。无锡市中级人民法院审理过程中，德润机械厂申请撤回上诉。经审查，无锡市中级人民法院认为，德润机械厂撤回上诉是其真实的意思表示，符合法律规定，遂依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第六十三条第一款第（十）项的规定，作出裁定：准许上诉人无锡市德润轻工机械厂撤回上诉。

【法官后语】

关于本案的两个争议焦点：

1. 吴君良诊断为疟疾的事实认定。

《行政诉讼法》第三十二条规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。诉讼中，市人社局向法院提交作出工伤认定决定的证据和依据，包括工伤认定程序中吴君良申请工伤认定时提交的材料、德润厂举证材料，市人社局调查核实材料和程序方面的证据及依据等。工伤认定决定是依申请作出的具体行政行为，吴君良在申请工伤认定时已向市人社局提交了二院的出院记录和锡山区疾病预防控制中心的证明。《工伤保险条例》第十九条第二款规定，职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。在工伤认定程序中，德润厂收到市人社局发出的举证通知后提出了吴君良未确诊为疟疾，并非工伤的意见，但并没有根据上述规定承

担相应的举证责任。而本案中，二院、传染病医院、锡山区疾病预防控制中心出具的相关医疗资料之间能够形成证据锁链，完整地反映了吴君良发病就诊的全部过程，足以认定吴君良确诊为疟疾的事实。

2. 吴君良所患疟疾是否应认定为工伤的法律适用问题。

对于职工所患疾病是否认定为工伤，《工伤保险条例》对两种情形作出了明确规定。纵观《工伤保险条例》，对于因工外出期间感染疾病如何认定未有明确规定。这也成为本案适用法律上的一个难点。本案裁判时着重从以下两方面进行考量：

（1）吴君良感染疟疾系因工作原因造成。

工作时间、工作场所、工作原因是《工伤保险条例》规定认定工伤三个重要条件，其中尤其以工作原因为核心。本案中，因吴君良发病前曾到尼日利亚出差，因此首先考虑适用的是《工伤保险条例》第十四条第（五）项规定，从条文解读来看，前提必须是职工因工外出期间，其次只有在因工作原因受到伤害或因工作原因发生事故下落不明才能认定工伤。对于吴君良被诊断为疟疾前曾去尼日利亚工作这一事实，各方当事人均无异议，争议在于吴君良是否因工作原因受到伤害。疟疾不是一种常见疾病，而是国家规定的传染病。吴君良回国后发病并被诊断为疟疾，且锡山疾控中心经核实确定吴君良所患为尼日利亚输入性恶性疟。结合吴君良发病前因工作原因出差去过尼日利亚的事实，可以认定该伤害与其工作存在密切关系，应当属于因工作原因造成伤害的情形。

（2）《工伤保险条例》对受伤职工的倾斜保护。

《工伤保险条例》的立法宗旨是为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险。因此，在《工伤保险条例》规定不够明确、没有完全吻合的可适用条款时，要从《工伤保险条例》保护受伤职工合法权益的立法本意出发，作出有利于受伤职工的法律解释。吴君良因工作原因去尼日利亚被感染了当地特有而我国没有的恶性疟疾，工作环境导致其受到人身伤害，其本人并无过错，不能因为《工伤保险条例》对此无明确规定而将其合法权益排除在保护范围之外，应当认定为工伤，从而使其获得来自社会的经济求助和精神安慰。

编写人：江苏省无锡市中级人民法院　蔡萍

江苏省无锡市崇安区人民法院　邓敏

10

行政程序和行政诉讼中补充证据的认定

——广东浩和建筑股份有限公司华北分公司诉天津市津南区人力资源和社会保障局工伤认定案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

天津市第二中级人民法院（2012）二行中终字第23号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告（被上诉人）：广东浩和建筑股份有限公司华北分公司

被告（上诉人）：天津市津南区人力资源和社会保障局

【基本案情】

2009年12月1日，原告所属的广东浩和建筑股份有限公司与广州万正建筑劳务有限公司签订了天津市建设工程施工劳务分包合同。由广州万正劳务有限公司为广东浩和建筑股份有限公司在天津市津南区双港镇津沽公路西侧的金地格林小城三期工程提供劳务。2010年3月15日，第三人褚毛贺与广州万正建筑劳务有限公司签订了劳动合同书，在广东浩和建筑股份有限公司承包的金地格林小城三期工程中从事混泥土浇注工作。2010年7月22日19时许，第三人在津沽公路金地叁拾峰入口西侧发生交通事故致伤。2010年9月7日第三人向被告提出工伤认定申请，被告受理申请后，经调查作出了编号为S112011220101708工伤认定决定书，认定原告为用人单位，第三人属于工伤。原告对该工伤认定不服，向被告的上级机关提出复议申请时又提供了与第三人不存在劳动关系的证据，后复议机关维持了该工伤认定决定书。原告不服遂诉至本院，请求撤销被告作出的工伤认定决定书。

【案件焦点】

原告在行政程序及诉讼中能否补充证据。

【法院裁判要旨】

天津市津南区人民法院经审理认为：第三人向被告提出工伤认定申请后，被告对原告和第三人进行了调查，履行了相关行政程序。原告在被告规定的举证期限内提供了第三人不属于工伤的证据，又在申请复议过程中补充提供了与第三人不存在劳动关系的证据，说明原告在主观上不存在《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十九条规定的拒不提供证据的情形，原告在行政程序中履行了法律规定的举证责任。故被告及第三人认为原告违反了相关举证规则，在复议期间所举的证据不应采纳的主张不能成立。原告所举证据内容涉及第三人与用人单位是否具有劳动关系，然被告对此未进行调查核实，对劳动关系的事实未予查明，进而作出了工伤认定决定书，显属事实不清，主要证据不足，依法应属撤销之列。天津市津南区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第一目，判决如下：

一、撤销被告天津市津南区人力资源和社会保障局作出的编号为S112011220101708工伤认定决定书；

二、被告天津市津南区人力资源和社会保障局在本判决生效后六十日内重新作出工伤认定决定。

天津市津南区人力资源和社会保障局不服一审判决，提起上诉。天津市第二中级人民法院认为：上诉人褚毛贺提出工伤认定申请后，上诉人天津市津南区人力资源和社会保障局履行了相关行政程序，进行了调查核实。而被上诉人在申请复议过程中提供了上诉人褚毛贺与案外人广州万正建筑劳务有限公司所签订的劳动合同，以证明其与上诉人褚毛贺不存在劳动合同关系。就此上诉人天津市津南区人力资源和社会保障局应进一步予以调查核实，而不宜简单以被上诉人未在举证期间提交证据为由不予采纳。同时，上诉人褚毛贺亦未否认其与案外人广州万正建筑劳务有限公司所签订劳动合同中其签字的真实性。由此可见，上诉人天津市津南区人力资源和社会保障局在未查明上诉人褚毛贺劳动合同关系的情况下，作出工伤认定决定书，显属事实不清，主要证据不足，依法应予撤销。天津市第二中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

职工与用人单位之间的工伤纠纷在劳动部门受理的各类案件中呈逐年上升趋势。本案的争议焦点为原告在行政程序及诉讼中能否补充证据问题，该问题涉及劳动关系主体的认定。关于当事人补充证据的情形，我国《行政诉讼法》第三十四条第一款规定：“人民法院有权要求当事人提供证据或者补充证据”。在我国目前行政程序法规不完善的情况下，该规定是符合目前行政诉讼状况的。

第一，关于原告补充证据的情况。

本案原告在行政复议和行政诉讼中补充了新的证据，对此应如何处理，我国的行政复议法及相关行政程序法律法规未作明确规定。但从《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《行政诉讼法解释》）第二十八条及《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第二条的规定可以看出，允许原告提出其在行政程序中没有提出的反驳理由或者证据。当然，原告补充证据的权利亦不能滥用，如果其在行政程序中恶意不提供证据，导致被告作出错误认定，在行政诉讼中又提出新证据使被告无以应对，这种行为不会得到法律支持。我国《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十九条对此类行为规定“被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据，原告依法应当提供而拒不提供，在诉讼程序中提供的证据，人民法院一般不予采纳。”

本案原告在行政复议时补充提供了相关证据，但行政机关未对此予以核查，导致对事实的认定产生了偏差。原告在行政诉讼时又提供了该证据且该证据关系到用人单位主体，法院以事实不清、主要证据不足为由撤销被告具体行政行为的判决符合法律规定。

第二，被告补充证据的情况。

在行政复议和行政诉讼期间，一般不允许被告补充证据。《行政复议法》和《行政诉讼法解释》严格限制行政机关在行政行为作出后再补充证据证明被诉具体行政行为合法。但在实践中，有些原告或者第三人在行政程序中因故未提出申辩或提供相关证据，却在行政诉讼中提出了被告在行政程序中没有提出的反驳理由或证据。针对上述情况，《行政诉讼法解释》第二十八条及《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第二条给予了被告补充证据的机会。《行政诉讼法解释》第二十八条规定“有下列情形之一的，被告经人民法院准许可以补充相关证据：

（一）被告在作出具体行政行为时已经收集证据，但因不可抗力等正当事由不能提供的；（二）原告或者第三人在诉讼过程中，提出了其在被告实施行政行为过程中没有提出的反驳理由或者证据的”。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第二条规定：“原告或者第三人提出其在行政程序中没有提出的反驳理由或者证据的，经人民法院准许，被告可以在第一审程序中补充相应的证据”。从上述规定可以看出，被告补充证据应当具备以下条件：第一，被告补充证据的前提条件是原告或者第三人提出其在行政程序中没有提出的反驳理由或证据；第二，被告补充证据须经人民法院准许；第三，被告补充证据须在第一审程序中提交；第四，被告补充的证据必须是与原告或者第三人在行政程序中没有提出的反驳理由或证据相关的证据。

第三，关于第三人在诉讼中提供的证据。

本案第三人褚毛贺亦提供了相关证据，意在证明被告作出的工伤认定决定书合法。其中一份证据是被告在行政程序中未取得的。对于该证据，不应作为被诉具体行政行为合法的依据。如果将其认定为被诉具体行政行为合法的证据，行政程序的价值就得不到充分体现。

编写人：天津市津南区人民法院　郭庆慧

11

劳动工伤确认案件举证责任的分配规则

——永安市泉昌自来水有限公司诉永安市人力资源和社会保障局、陈坚工伤行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省三明市中级人民法院（2013）三行再终字第1号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告（上诉人、被申请人）：永安市泉昌自来水有限公司（以下简称泉昌公司）

被告（被上诉人）：永安市人力资源和社会保障局（以下简称永安市人社局）

第三人（申请再审人）：陈坚

【基本案情】

泉昌公司制水车间员工为陈坚、赖淑清、谢定柳，三人按日轮班，从事投药、消毒、化验等工作。2008 年 3 月 23 日 16 时 15 分许，陈坚在福建省道 307 线 360KM + 560M 处发生交通事故。2009 年 1 月 21 日，陈坚以外出取水化验途中发生交通事故为由向永安市人社局申请工伤认定。永安市人社局作出（2009）307 号工伤认定决定书，认定陈坚受到的伤害为工伤。2010 年 2 月 9 日，泉昌公司向福建省永安市人民法院提起行政诉讼。福建省永安市人民法院一审判决撤销工伤认定决定书，责令永安市人社局重新作出具体行政行为。陈坚不服，向福建省三明市中级人民法院提出上诉。福建省三明市中级人民法院二审判决，驳回上诉，维持原判。2010 年 8 月 10 日，陈坚再次以“下班途中发生交通事故”为由向永安市人社局申请工伤认定。2010 年 9 月 30 日，永安市人社局作出（2010）307 号工伤认定决定书，认定陈坚受到的伤害为工伤。2012 年 1 月 10 日，泉昌公司向福建省永安市人民法院起诉。

泉昌公司认为，陈坚 2008 年 3 月 23 日下午因妻子即将分娩，擅自在上班时间早退并发生交通事故，依法不应当认定为工伤。请求法院撤销（2010）307 号工伤认定决定书。

永安市人社局认为，经向李祖树、赖晓平调查和依法审查，陈坚在泉昌公司从事放水、取水、化验工作，到大湖镇取水化验属于工作职责范围，认定陈坚受到的伤害为工伤事实清楚、证据确凿、程序合法。请求法院维持工伤认定。

陈坚请求法院维持永安市人社局作出的工伤认定。

泉昌公司向法院提交的相关证据有：1.《生产经营管理工作制度》。证明泉昌公司对员工上下班时间有明确的规章制度；2. 赖淑清证言。证明陈坚没有外出抽取水样化验的工作职责及陈坚系未经许可，擅自外出；3. 谢定柳证言。证明陈坚

没有外出抽取水样化验的工作职责；4. 赖晓平证明。证明永安市人社局向赖晓平所作的调查询问笔录不真实。

永安市人社局向法院提交的相关证据有：1. 李祖树、魏振乾身份证复印件及证言复印件。证明陈坚履行取水化验的工作职责及陈坚事发时带了取水工具；2. 调查询问笔录复印件。证明陈坚存在外出取水化验的事实。

陈坚向法院提交的相关证据有：1. 赖淑清证言。证明陈坚是在外出取水化验途中发生交通事故；2. 住院病案首页。证明陈坚妻子分娩住院时间为2008年3月25日，事故当天，不是因妻子即将分娩而外出；3. 交通事故责任认定书。证明陈坚发生车祸。

【案件焦点】

陈坚于2008年3月23日下午在交通事故中受到的伤害是否为因工外出期间由于工作原因受到的伤害。

【法院裁判要旨】

福建省永安市人民法院经审理认为：根据《工伤保险条例》的规定，泉昌公司没有充分举证证明陈坚不需外出取水化验，也没有充足证据推翻永安市人社局及陈坚提交的证据，应承担举证不能的后果。永安市人社局在履行调查核实职责及作出被诉具体行政行为过程中，认定事实清楚，适用法律、法规正确、程序合法。

福建省永安市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（一）项之规定，作出如下判决：维持被告永安市人社局作出永劳工认字（2010）307号工伤认定决定书的具体行政行为。

泉昌公司持起诉意见提起上诉。福建省三明市中级人民法院经二审审理认为：行政机关作出具体行政行为，应当事实清楚，证据充分。陈坚先后两次分别以外出取水化验途中发生交通事故和下班途中发生交通事故为由向永安市人社局申请工伤认定，没有客观、真实地反映外出原因。永安市人社局在重新作出具体行政行为时，虽补强了李祖树证明、笔录及赖晓平笔录，但与本案待证事实没有关联性，不能作为本案证据使用。永安市人社局作出的重新认定陈坚系外出取水化验受伤的结论，证据不足。泉昌公司在永安市人社局两次作出工伤认定期间都依法履行了举证责任。泉昌公司上诉理由成立，予以采纳。

福建省三明市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（三）项、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十九条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：撤销福建省永安市人民法院（2012）永行初字第4号行政判决；撤销被上诉人永安市人社局于2010年9月30日作出的永劳工认字（2010）307号工伤认定决定书；由被上诉人永安市人社局重新作出具体行政行为。

福建省三明市中级人民法院复查认为，二审判决认定事实的主要证据不足，经本院院长提交审判委员会讨论决定，裁定：由本院另行组成合议庭再审。

福建省三明市中级人民法院经再审审理认为，《工伤保险条例》第十九条第二款规定："职工或者其直系亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。"这是工伤认定行政程序中举证责任的分配规则。本案中，陈坚认为其受到的伤害是工伤，用人单位泉昌公司不认为陈坚受到的伤害是工伤，因此泉昌公司应承担陈坚的伤害不是工伤的举证责任。证人赖晓平在永安市人社局的调查笔录中陈述：每周必须去大湖镇任何一处由本水厂供水的用户取一次水化验，随便用矿泉水瓶就行了，但一定要清洗干净再装水回来化验。之后证人赖晓平又再次出具一份证明，称在永安市人社局所作笔录中的回答是受永安市人社局工作人员误导，是违背事实的。从两份关于赖晓平证据的形成时间、形成方式、赖晓平与本案当事人泉昌公司的劳动管理关系等综合判断，永安市人社局调查笔录的证明力明显强于赖晓平此后出具的证明，本院对赖晓平的调查笔录予以采信。赖晓平的调查笔录说明制水岗位事实上负有外出取水化验的职责，结合证人李祖树、魏振乾的证词分析，陈坚在发生交通事故时摩托车后有矿泉水瓶，有外出取水化验的可能。二审判决认为李祖树的证明、笔录和赖晓平笔录与本案要认定的事实没有关联性，不能作为本案证据并据此排除这些证据的证明力的处理结果不当，应予纠正。泉昌公司为证明陈坚受到的伤害不属工伤，提供了《生产经营管理工作制度》和证人赖淑清、谢定柳的证言。但经庭审调查，《生产经营管理工作制度》未向当地劳动行政部门备案，泉昌公司也未提供其他证据证明该制度的制定时间，因此《生产经营管理工作制度》制定时间不明，二审判决采信该证据的处理结果不当，应予纠正。证人赖淑清虽然在证明中陈述：泉昌公司没有外出抽取水样化验的工作职责，但其在之前出具给陈坚的证词中亦陈述：陈坚于2008年3月23日从厂区到大湖镇取水

样，在途经岭干村大约500米发生车祸。由于在陈坚发生车祸的前天，水厂明矾加料过量，所以必须到大湖镇取水样化验。从两份关于赖淑清证据的形成时间、与其他证据之间的关系及证人赖淑清与当事人泉昌公司的劳动管理关系等方面综合判断，证人赖淑清在之前出具的证词的证明力强于在后出具的证词，本院对赖淑清在之前出具的证词予以采信。证人谢定柳出具有利于泉昌公司的证明时尚在泉昌公司工作，证言的证明力弱于证人赖晓平、李祖树、叶祖和的笔录和魏振乾证言等证据形成的证据链，本院对谢定柳的证言不予采信。本案中，泉昌公司提供的证据不足以推翻永安市人社局及陈坚提交的相关证据，不足以证明陈坚不需外出取水化验，不足以证明陈坚受到的伤害不属工伤，应承担举证不能的法律后果。二审判决认定泉昌公司依法履行了举证责任系对举证责任的误读，应予纠正。永安市人社局根据《工伤保险条例》的授权对陈坚事故伤害进行调查核实，并根据调查的证据认定陈坚系工伤，并无不妥。二审判决认定事实不清、适用法规错误，应予纠正。

福建省三明市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（二）项、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第七十六条第一款、第七十八条之规定，作出如下判决：

一、撤销本院（2012）三行终字第33号行政判决；

二、维持福建省永安市人民法院（2012）永行初字第4号行政判决。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对劳动工伤行政确认案件中举证责任分配规则的理解。举证责任是指当事人对自己提出的主张有收集、提供证据的义务，并运用该证据证明自己主张的事实成立的责任，否则要承担诉讼不利的法律后果。举证责任实质上包含了两个方面的内容：一是当事人向法院提供证据的责任；二是辩论终结时，当事人因案件事实真伪不明承担的不利后果。

我国《行政诉讼法》第三十二条规定，行政机关对作出的具体行政行为负有举证责任，但《工伤保险条例》第十九条第二款对工伤认定行政程序中举证责任的分配规则作了特殊规定。在工伤认定案件中，劳动者受伤的原因常因用人单位和劳动者各执一词而陷入罗生门，难以查清，为保护劳动者的劳动权益，用人单位应承担劳动者受到的伤害是否为工伤的举证责任，如果用人单位不能举证证明劳动者受到

的伤害不是工伤，对行政机关依法对事故伤害进行调查核实后作出的工伤认定即应予以维持，这也符合《工伤保险条例》的立法原意。

编写人：福建省三明市中级人民法院　刘涌泉

12

建筑工程违法分包过程中招用劳动者的工伤认定

——中山市新丰建筑工程有限公司诉中山市人力资源和社会保障局人力资源和社会保障行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省中山市第二人民法院（2012）中二法行初字第15号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告：中山市新丰建筑工程有限公司（以下简称新丰公司）

被告：中山市人力资源和社会保障局（以下简称中山人社局）

【基本案情】

新丰公司是合法的用工单位，其承包了位于中山市三角镇三鑫路李艺彪厂房工程，并将混凝土工程分包给胡基辉，胡基辉未领取营业执照，其聘请了杨华彬负责工程浇筑工作。杨华彬居住在中山市南头镇南安南路。2011年10月5日，杨华彬在李艺彪的厂房工地上加班工作至22时许离开工地到中山市黄圃镇旧津大排档（又名津津大排档）吃夜宵，吃完夜宵后驾驶电动自行车于23时55分行至中山市南头镇南三公路超人电器厂对开时与韦定龙驾驶的普通二轮摩托车发生碰撞而肇事，事故造成杨华彬受伤，经医院抢救无效于2011年10月13日7时55分死亡。中山市公安局交通警察支队南头大队作出山公交认字（2011）第D00087号《道路交通事故认定书》，认定杨华彬承担事故的次要责任。

2011年12月8日，杨华彬妻子张应菊就杨华彬所受到的事故伤害向中山人社局提出工伤认定申请，并提交工伤认定申请书、身份证、结婚证、报警登记表、道路交通事故认定书、路线图、疾病诊断证明书、病历、手术记录、抢救记录、死亡记录、入院记录、CT报告单、死亡通知书、死亡医学证明书、证人证明、暂住证明、居住证明、照片、开工人员记录等相关证据材料。中山人社局同日受理后于2011年12月13日向新丰公司送达了工伤认定举证通知书及协助调查通知书，要求新丰公司于收到举证通知之日起5日内就杨华彬受到的伤害是否属于工伤提交书面意见和证据，且告知相应的法律后果，并要求新丰公司提交其与三角镇三鑫路李艺彪厂房工程、其与杨华彬的关系的材料及其他材料。中山人社局后于2012年4月1日再次向新丰公司发出协助调查通知书，要求新丰公司提交考勤记录、产量登记表、工资签记录。新丰公司在规定的期限内向中山人社局提交书面意见、混凝土分包合同、泵车泵送确认单等材料，认为杨华彬不是新丰公司的员工，杨华彬发生的交通事故不应认定为工伤。随后，中山人社局持介绍信前往中山市三角镇建设工程管理中心调取了中山市三角镇三鑫路李艺彪厂房工程的建设工程施工许可证、施工合同，持调查函向中山市公安局交通警察支队南头大队调取毒物分析检验报告书、当事人陈述材料及对韦定坤、韦定龙、傅作成的询问笔录。同时，中山人社局对现场进行勘察，制作了交通事故现场勘察图，对张应菊、杨立国、袁友才、梁牛胜、胡基辉、安术桂、陈龙学、陈永胜进行了调查并制作了调查笔录。2012年4月24日，中山人社局作出中人社工认［2012］4610号工伤认定决定，根据《工伤保险条例》第十四条第（六）项之规定，认定杨华彬于2011年10月5日23时55分左右在中山市南头镇南三公路超人电器厂对开路段受到的交通事故伤害后的死亡为工伤，并分别于同年4月25日、5月15日送达张应菊及新丰公司。新丰公司不服，向中山市人民政府提起行政复议。中山市人民政府对中山人社局作出的工伤认定决定予以维持。新丰公司不服，向本院提起行政诉讼，提起前述请求。

【案件焦点】

1. 建筑工程违法分包过程中招用的劳动者的工伤应由谁承担责任；2. 高强度工作后，在下班回家过程中吃完夜宵后发生交通事故受到伤害能否认定为工伤；3. 中山人社局在作出认定杨华彬工伤决定过程中违反了《工伤保险条例》的规

定，超过《工伤保险条例》规定的60日内作出，是否应予以撤销其作出的工伤认定决定。

【法院裁判要旨】

中山人社局作为中山市行政区域内的社会保障行政部门，根据《工伤保险条例》第五条第二款、第二十条第一款的规定，具有负责本行政区域内的工伤保险工作的主体资格，受理工伤认定申请并作出工伤认定决定属其法定职责。本案中，新丰公司承包了中山市三角镇三鑫路李艺彪厂房工程，并将混凝土工程分包给胡基辉，胡基辉不具有用人单位资格的事实有对胡基辉的调查笔录、混凝土分包合同、施工合同、建设工程施工许可证等证据予以证明，且新丰公司对此没有异议，本院予以确认。根据《广东省工伤保险条例》第四十二条第二款“用人单位实行承包经营，使用劳动者的承包方不具备用人单位资格的，由具备用人单位资格的发包人承担工伤保险责任”的规定，若杨华彬受的伤属于工伤，应由合法的用人单位即新丰公司对其承担工伤保险责任。中山人社局提供对梁牛胜、胡基辉、安术桂、陈龙学等人的调查笔录证实事故当天杨华彬在中山市三角镇三鑫路李艺彪厂房工地上泵送圈梁、倒水泥，从14时许工作至22时许。因杨华彬当天的工作消耗体能大，下班后吃夜宵符合人的正常需要，故对新丰公司认为杨华彬吃夜宵已改变下班性质的主张，本院不予支持。中山人社局根据《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定，认为杨华彬于下班回家途中受到非本人主要责任的交通事故伤害，认定其为工伤，并无不当。新丰公司主张中山人社局逾期作出认定工伤决定，程序违法，应予撤销，本院认为中山人社局程序存在瑕疵，但其作出的结果正确，无需撤销该认定工伤决定要求其重新作出，对新丰公司相应的主张，本院不予支持。关于杨华彬的死因，张应菊在提起工伤认定时提供了道路交通事故认定书、疾病诊断证明书、病历、手术记录、抢救记录、死亡记录、入院记录、CT报告单、死亡通知书、死亡医学证明等证据予以证明杨华彬因交通事故而死亡，新丰公司对此表示异议，但未提供任何证据予以反驳，对其相应的主张，本院不予支持。综上，中山人社局作出的中人社工认［2012］4610号工伤认定决定认定的事实清楚，适用法律正确，本院予以维持；新丰公司请求撤销该决定的理据不充分，本院不予支持。综上，本院维持被告中山市人力资源和社会保障局于2012年4月24日作出的中人社工认［2012］4610号《认定工伤决定书》。

【法官后语】

根据《工伤保险条例》第十八条规定，提出工伤认定申请，应当提交与用人单位存在劳动关系的证明材料。因此，劳动关系成立是工伤认定的前提条件。本案中，杨华彬受雇于不具备用人单位资格的自然人，其与新丰公司是否存在劳动关系及其是否属于工伤是主要争议。

1. 建筑工程发包中不具备用工主体资格者招用的劳动者，由发包方承担用工主体责任。

《广东省工伤保险条例》第四十二条第二款规定："用人单位实行承包经营，使用劳动者的承包方不具备用人单位资格的，由具备用人单位资格的发包人承担工伤保险责任。"因承包经营的用人单位违法层层分包屡禁不止，造成劳动者权益保护不力的情形下，该规定直接设定了具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任的义务，有必要性及合理性。该条款直接提高了违法建筑施工单位的经济成本，用人单位在享有经营利润的同时，承担着相应的风险和义务。用人单位在招用劳动者时不得不重新考虑劳务成本，违法招工的不良现象自然会被遏制；发生工伤事故后，基于用工主体责任也从经济上制裁了建筑施工企业的违法发包行为，有利于实现权利义务之间实质上的平衡，促进建筑行业人力资源市场健康有序地发展。本案中，由于新丰公司承包了李艺彪工程，并将混凝土工程分包给胡基辉，新丰公司是合法的用人主体，故依《广东省工伤保险条例》第四十二条第二款规定，新丰公司依法应对杨华彬承担工伤保险责任。新丰公司提出的其与杨华彬不具有劳动关系，不应承担工伤赔偿责任的主张，缺乏事实依据。

2. 杨华彬受伤是否构成工伤。

首先，根据《工伤保险条例》第十四条第（六）项之规定，杨华彬在连续工作长达六小时下班后去吃夜宵符合人的正常需要，不属于改变下班性质的事由，故本案工伤认定中认定杨华彬发生事故时仍属于下班途中并无不当。

其次，关于杨华彬的死因，中山人社局已调取死亡证明书等一系列证据，对此新丰公司提出异议，应承担举证责任，但其未提交任何证据予以反驳，对其主张不予支持。

最后，从工伤认定的程序上看，《工伤保险条例》第二十条第一款规定："社会保险行政部门应当自受理工伤认定申请之日起60日内作出工伤认定的决定，并

书面通知申请工伤认定的职工或者其近亲属和该职工所在单位。”中山人社局在本案所涉工伤认定过程中，存在逾期作出工伤认定的程序性瑕疵，尽管存在此程序瑕疵，但基于本案工伤认定结果无误，且从行政效率及保护劳动者合法权益及时实现的角度考虑，故不宜否定本诉具体行政行为的效力。

编写人：广东省中山市第二中级人民法院　林谊琼

13

驾驶摩托车发生交通事故是否属于上班途中

——裕宏纺织公司诉人社局社会保障行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省宜昌市西陵区人民法院（2012）鄂西陵行初字第74号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告：宜昌裕宏纺织有限责任公司（以下简称裕宏纺织公司）

被告：宜昌市人力资源和社会保障局（以下简称市人社局）

【基本案情】

第三人李世珍为原告裕宏纺织公司简棉车间档车工，家住宜昌市点军区联棚乡联棚村五组。2012年4月1日晚，李世珍从家里骑摩托车到五龙农业银行对面坐厂车去上夜班（上夜班时间是23时），22时左右李世珍经过宜昌市点军区联棚乡政府铁路桥下转弯处，被一辆汽车撞倒，导致其左肩受伤。事发后李世珍被事故车送往宜昌市中心人民医院住院治疗，被诊断为左锁骨骨折。市交警支队点军大队于当日出具了《道路交通事故认定书》（简易程序），确认了本次交通事故的时间和地点，认定李世珍在本次交通事故中无责任。李世珍于同年5月8日向市人社局提出工伤认定申请，提交了其5月2日填写的工伤认定申请表，宜昌市中心人民医院出

院诊断证明书、李世珍工友等出具的证明、《道路交通事故认定书》等材料，市人社局当日受理并作出《受理工伤认定申请通知书》，于同年5月11日将上述通知送达裕宏纺织公司，通知用人单位裕宏纺织公司在15个工作日内提交李世珍是否认定为工伤的证明材料，并告知裕宏纺织公司，若逾期不能举证，将依据受伤职工提供的材料依法作出工伤认定。裕宏纺织公司于同年5月21日向市人社局提交了《关于李世珍本人申请工伤认定的回复》、市交警支队点军大队于2012年4月1日出具的《道路交通事故认定书》（简易程序）2份（有一份加注了值班民警写的说明）、李世珍本人写的经过、宜昌市中心人民医院出院诊断证明书、宜昌市中心人民医院出院记录、证人李爱武、汪桂芳于2012年5月14日分别出具的证明及身份材料等证据。市人社局通过审查认为，裕宏纺织公司的上述证据不能否认李世珍属于上班途中，受到非本人主要责任的交通事故伤害的事实。市人社局根据《工伤保险条例》第十四条第（六）项之规定，于2012年7月2日作出第0806号工伤决定，以李世珍上班途中受到非本人主要责任的交通事故伤害，用人单位在规定的时间内提交的证明材料未能否认李世珍因工受伤的事实为由，认定李世珍受伤为工伤，并于2012年7月11日、2012年8月2日将上述决定书分别送达裕宏纺织公司和李世珍。裕宏纺织公司不服市人社局作出的第0806号工伤决定，在法律规定的期限内提起行政诉讼。

【案件焦点】

1. 被告作出第0806号工伤决定的程序是否合法；2. 被告作出第0806号工伤决定所依据的证据是否充分，即被告提供的证据能否证明李世珍为上班途中受到非本人主要责任的机动车事故伤害；3. 被告作出第0806号工伤决定适用法律是否正确。

【法院裁判要旨】

湖北省宜昌市西陵区人民法院认为：根据本案查明的事实可以看出被告作出第0806号工伤决定的程序合法。根据《工伤保险条例》第十四条第（六）项的规定，被告认定第三人受伤为工伤，应该符合“上班途中”、“受到机动车事故伤害”、“非本人主要责任”三个条件。本案中，各方当事人对第三人是受到机动车事故伤害无争议。交警部门出具的《道路交通事故认定书》已经认定第三人在涉案交通事

故中无责任。原告诉称第三人驾驶三无摩托车的行为违反了相关法律规定，若发生交通事故其在涉案事故中应承担相应责任的观点没有法律依据，本院不予支持。关于李世珍受伤是否属于上班途中的问题。从本案查明的事实可以看出，第三人事发当日应该是23时上夜班，第三人家住宜昌市点军区联棚乡联棚村五组，涉案事故地点为宜昌市点军区联棚乡政府铁路桥下转弯处，属于合理的上班路途；发生交通事故的时间是2012年4月1日22时左右，属于合理的上班时间，故第三人受伤应属于上班途中受伤。被告依据《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定，作出第0806号工伤决定适用法律正确。湖北省宜昌市西陵区人民法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（一）项的规定，判决维持被告第0806号认定工伤决定。

【法官后语】

本案为原告裕宏纺织公司不服被告市人社局作出的第0806号工伤决定案，涉及三个方面的问题：

1. 关于劳动者在上下班途中，无证驾驶无牌摩托车受到其它机动车伤害，能否认定该劳动者为工伤问题。根据《工伤保险条例》第十四条第（六）项的规定，人社局认定劳动者受伤为工伤，应该符合“上班途中”、“受到机动车事故伤害”、“非本人主要责任”三个条件，又不属《工伤保险条例》第十六条规定的排除情形（即故意犯罪、醉酒或者吸毒、自残或者自杀）之列，就应该认定其为工伤。“非本人主要责任”的认定应该以交警部门出具的相关法律文书为依据，劳动者在上下班途中驾驶三无摩托车与是否符合“非本人主要责任”的条件，没有必然联系。

2. 关于怎样认定职工为上、下班途中问题。现行《工伤保险条例》取消了已被废止的《企业职工工伤保险试行办法》中“必经路线”的限定。目前对何为上、下班途中问题，理论上有若有符合合理的上、下班时间，合理上、下班路途，又符合工伤认定的其它条件，就应该认定为工伤的观点。

3. 人社部门事实认定上应该注意的问题。从审判实践来看，目前人社部门工伤决定书普遍存在认定事实“过粗”问题，对上、下班途中发生交通事故时间的叙述没有时间点，只有时间范围，笔者认为，人社部门事实认定上，必须注意以下几

点：（1）下班途中发生交通事故时间的叙述应该有时间点，在事实部分将发生交通事故的时间准确到某时左右，若条件允许，尽可能准确到某时某分左右；（2）必须载明职工上、下班具体时间。只有这样，才能对是否为合理的上班时间、合理上班路途作出判断。

编写人：湖北省宜昌市西陵区人民法院　向建军

14

职工因工伤亡时是否为"醉酒"应由用人单位承担严格举证责任

——宿迁市春雨物业有限公司诉宿迁市人力资源和社会保障局不服工伤认定案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省宿迁市宿城区人民法院（2012）宿城行初字第0024号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告（上诉人）：宿迁市春雨物业管理有限公司（以下简称春雨物业）

被告（被上诉人）：宿迁市人力资源和社会保障局（以下简称市人社局）

【基本案情】

宋绍军系原告春雨物业职工，在宿迁卫校4号楼学生公寓从事宿舍管理员工作。2011年9月12日8时至13日8时为其值班时间，2011年9月12日下午19时30左右，其在4号楼3楼摔伤。事故发生后，宋绍军被送往宿迁市宿城区人民医院救治，9月13日8时许转院至宿迁市人民医院救治，9月14日医治无效死亡，诊断结论：头部外伤、颅脑损伤。9月19日宋绍军之子宋之飞向被告市人社局申请工

伤认定，市人社局认为宋绍军在工作时间和工作场所，因工作原因受到事故伤害，根据《工伤保险条例》第十四条第（一）项规定，于2011年10月27日作出宿人社工认字［2011］第240号工伤认定书，认定宋绍军为工伤（因工死亡）。春雨物业不服该决定，于2011年12月24日向宿迁市人民政府申请行政复议，宿迁市人民政府于2012年5月8日作出［2012］宿行复第03号行政复议决定书，维持了市人社局局宿人社工认字［2011］第240号工伤认定书。春雨物业不服向本院提起行政诉讼。

另查明，宋绍军摔伤前曾饮酒，死亡前相关部门没有对其是否属于醉酒进行检测并出具检测结论和诊断证明。

【案件焦点】

职工宋绍军的死亡结果是否因自己的醉酒行为导致。

【法院裁判要旨】

江苏省宿迁市宿城区人民法院经审理认为：《工伤保险条例》第十四条第（一）项规定："职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的"。本案中相关证据相互印证，能够证实宋绍军生前系原告单位职工，受原告安排在其值班期间摔倒而受到事故伤害。

《工伤保险条例》第十六条第（二）项规定，职工符合本条例第十四条、十五条的规定，但有醉酒或吸毒情形的，不得认定为工伤或者视同工伤。第十九条规定："职工或其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位负举证责任。"原告认为宋绍军去世是由于其自己酒后严重失控行为导致，不构成工伤，其在被告限期举证的期限内不能提供宋绍军事发时的状态属于酒后严重失控行为表现的证据。同时现有证据仅能够证明宋绍军事故发生前饮酒的事实，相关部门没有对其是否属于醉酒进行检测并出具检测结论和诊断证明。故宋绍军受伤符合在工作期间、工作场所、因工作原因受到事故伤害的工伤认定条件。关于被告作出的工伤认定书形式不规范问题，该认定书认定事实清楚、结论并无不当，形式上存在的不规范问题不影响认定书整体的法律效力，但被告应在以后的执法工作中加以规范。综上，被告市人社局作出的工伤认定书事实清楚，证据充分，适用法律得当，原告要求撤销被告作出的工伤认定决定理由不充分。依照《最高人民法院关于执行〈中

华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定，判决：

驳回原告春雨物业的诉讼请求。

一审宣判后，春雨物业不服，向宿迁市中级人民法院提起上诉。

宿迁市中级人民法院认为，国务院《工伤保险条例》第十六条第（二）规定："职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：（二）醉酒或者吸毒的"。该条例第十九条第二款规定："职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。"《江苏省关于实施新〈工伤保险条例〉有关问题的处理意见》（苏人社函［2011］166号）第三条规定："按照《条例》第十六条规定作出不认定工伤（亡）或者视同工伤（亡）的，应当以公安机关、公安机关交通管理部门出具的有效法律文书或者司法部门生效裁判文书作为主要证据。"本案中，上诉人春雨物业主张宋绍军的死亡系醉酒或酒后行为严重失控导致，不能被认定为工伤，但其在工伤认定程序及诉讼程序中并未提供公安机关有效法律文书或司法部门生效裁判文书等证据证实，亦未提供其他充足证据证实宋绍军的行为存在严重失控表现，故其主张缺乏事实根据，依法不能成立。《工伤保险条例》第十八条第一款规定："提出工伤认定申请应当提交下列材料：（一）工伤认定申请表；（二）与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料；（三）医疗诊断证明或者职业病诊断证明书（或者职业病诊断鉴定书）。"本案中，原审第三人宋之飞在申请工伤认定过程中已向被上诉人市人社局提交了工伤认定申请表、其父宋绍军的上岗证及宿迁市人民医院出具的病史录、病危通知书、死亡证明等诊断材料，申请手续没有明显欠缺，符合上述法规规定的申请工伤认定条件。被上诉人作出的《工伤认定书》在形式上确有不规范之处，但该认定书载明了宋绍军受伤害及接受救治过程等情况，内容上基本符合规范要求，尚未达到明显违法程度，不足以撤销该认定书。

综上，被上诉人作出的工伤认定决定认定事实清楚，适用法律正确，程序合法。一审判决正确，应予维持。上诉人的上诉理由不能成立，其上诉请求本院不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案涉及两个问题，一是在工伤认定过程中举证责任的分配问题；二是在工伤认定过程中“醉酒”的标准如何认定。

1. 在工伤认定过程中举证责任的分配问题。

根据《工伤保险条例》第十六条第（二）项、《社会保险法》第三十七条第（二）项均将醉酒排除在职工工伤认定之外。同时依据《工伤保险条例》第十九条第二款规定，职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。上述案件中，原告对其主张的其职工的伤亡系醉酒导致行为失控所致，不符合工伤认定的条件的抗辩理由，应承担举证责任。公安机关交通管理部门、医疗机构等有关单位依法出具的检测结论、诊断证明等材料或生效的法律文书，可以作为认定醉酒的依据。用人单位如不能提供上述证据，应承担举证不能的法律后果。

2. 在工伤认定过程中“醉酒”的标准如何认定。

人力资源和社会保障部《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》第十条规定，社会保险法第三十七条第二项中的醉酒标准，按照《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》执行。公安机关交通管理部门、医疗机构等有关单位依法出具的检测结论、诊断证明等材料，可以作为认定醉酒的依据。《江苏省关于实施新〈工伤保险条例〉有关问题的处理意见》第三条规定：“按照《条例》第十六条规定作出不认定工伤（亡）或者视同工伤（亡）的，应当以公安机关、公安机关交通管理部门出具的有效法律文书或者司法部门生效裁判文书作为主要证据。”本案中，原告对其提出的职工宋绍军在发生事故伤害时系醉酒导致的主张应提供公安交通管理部门或医疗机构的证明。在案件审理过程中，原告仅提供证人证言证明宋绍军摔伤前曾饮酒，但未能证明其达到醉酒状态，应承担举证不能的后果。

3. 裁判的法律意义。

因多数用人单位没有为职工缴纳社会保险，职工一旦发生伤害事故，用人单位往往不能积极配合劳动部门调查取证，造成工伤认定难的问题。用人单位与职工之间是管理与被管理的关系，职工处于相对较弱的地位，在工伤认定过程中采用举证责任倒置，能够更好地保护职工作为弱者的合法权益。

《工伤保险条例》在第十六条中不得认定为工伤或视同工伤情形中所需证据作出了严格的规定，目的是防止用人单位通过主观推断或不法手段借用此条规定伤害职工的合法权益，从而有效督促用人单位在用工过程中能做到依法、规范。

编写人：江苏省宿迁市宿城区人民法院 吴雪媛

15

冒用身份信息时工伤的认定

——杭州富阳市盈泰纸业有限公司诉富阳市人力资源和社会保障局工伤行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省杭州市中级人民法院（2013）浙杭行终字第16号行政裁定书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告（上诉人）：杭州富阳市盈泰纸业有限公司（以下简称富阳盈泰公司）

被告（被上诉人）：富阳市人力资源和社会保障局（以下简称富阳市社保局）

【基本案情】

第三人周大庆的妻子韦柳沙于2011年10月进入原告富阳盈泰公司工作，2012年2月20日，韦柳沙以韦秀娟的名义与富阳盈泰公司签订了劳动合同，富阳盈泰公司为韦秀娟缴纳了工伤保险。2012年4月22日7时30分，韦柳沙在骑电动自行车上班途中，发生交通事故，经抢救无效死亡。该事故经富阳市公安局交通警察大队认定，韦柳沙不负事故责任。2012年5月23日，周大庆向富阳市社保局申请工伤认定，富阳市社保局于2012年5月23日向富阳盈泰公司发出举证通知书，要求其于2012年6月1日前提供有关证据，逾期或拒不举证的，将根据受害方提供的证据依法作出工伤认定结论。富阳盈泰公司接到通知后于2012年5月27日向富阳

市社保局提供了一份其自行打印的认为公司无韦柳沙此人，上班的是韦秀娟，韦秀娟的身份证及韦秀娟签订的劳动合同的材料。富阳市社保局经调查后于2012年6月26日作出2084号工伤认定决定。

【案件焦点】

1. 冒用他人身份的职工与用人单位之间是何种关系；冒用他人身份的职工发生工伤事故后能否认定为工伤；2. 冒用身份的事实是否影响其享受工伤保险待遇的权利。

【法院裁判要旨】

浙江省杭州市富阳市人民法院经审理认为：韦柳沙虽以韦秀娟的名义与富阳盈泰公司签订劳动合同，但事实上提供劳动的是韦柳沙，韦柳沙与富阳盈泰公司建立了事实劳动关系。韦柳沙在上班途中发生交通事故致亡，且其本人不负交通事故责任，符合《工伤保险条例》第十四条第（六）项应当认定为工伤的规定，富阳市社保局收到周大庆的申请后，通过调查，作出认定韦柳沙的死亡为工伤的工伤认定决定书，事实清楚，证据确实，程序合法，适用法律正确，应予维持。富阳盈泰公司提出韦柳沙发生交通事故时不是在上班途中的诉讼理由，经原审法院审查后认为，周大庆申请工伤认定时，富阳市社保局对韦柳沙发生交通事故时是否在上班途中已进行了调查，根据调查笔录显示，可以认定韦柳沙系在上班途中发生交通事故，且富阳市社保局在工伤认定过程中，已根据《工伤保险条例》的相关规定，向富阳盈泰公司发出举证通知书，但富阳盈泰公司未在举证通知规定的期限内提供韦柳沙并非在上班途中发生交通事故的证据，因此富阳市社保局根据申请人提供的证据及通过调查作出的认定，符合法律规定，对富阳盈泰公司的该主张不予采纳。

富阳市人民法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（一）项的规定，作出判决：

维持富阳市社保局于2012年6月26日作出的2084号工伤认定决定。案件受理费50元，由富阳盈泰公司负担。

富阳盈泰公司不服，向杭州市中级人民法院提起上诉。杭州市中级人民法院认为：本案讼争对象虽系富阳市社保局作出的2084号工伤认定决定，但引发诉讼的实质争议焦点却是韦柳沙能否享受工伤保险待遇，以及由谁支付工伤保险待遇。工伤认定与工伤保险待遇核定虽为两个独立的具体行政行为，但构成了前后衔接相互

关联的行政程序。富阳市社保局在工伤认定阶段查明了韦柳沙冒用身份的事实；而富阳市社保中心却以身份不能对应为由拒绝支付工伤保险待遇。社保部门在同一行政程序的两个阶段，对同一事实作出了不同的法律判断，是导致本案诉讼发生的根本原因。鉴于本案的特殊情况，为切实解决当事人的真实诉求，杭州市中级人民法院组织用人单位、社保部门进行协调。在厘清案件事实、阐明法律关系的基础上，社保部门最终为韦柳沙落实了工伤保险待遇，富阳盈泰公司也向法院申请撤回了上诉。

【法官后语】

本案的典型意义在于使我们注意到，工伤认定案件本身的法律适用一般比较简单，但有时涉及的利益关系却十分复杂。在司法实践中要达到切实化解矛盾争议的效果，需要考虑多层次的法律关系。

具体到本案中，要考虑以下三个层面的法律关系：第一层法律关系，用人单位对劳动者是否存在实际用工的事实，是确定双方是否存在劳动关系的唯一标准；即使劳动者存在假冒他人身份的欺诈行为而导致劳动合同无效，但只要该劳动者为用人单位实际提供了劳动，双方就建立了事实劳动关系。第二层法律关系，根据《工伤保险条例》第十六条的规定，只有职工故意犯罪、醉酒或者吸毒、自残或者自杀的，才不得认定为工伤或视同工伤。职工在工作中的其他过错，不影响对伤害事实及其与从事工作之间因果关系的认定，也不能作为否定工伤认定的正当理由。第三层法律关系，冒用他人名义的职工虽存在过错，但该过错在认定劳动关系和认定工伤的环节中均予以免责，在享受工伤保险待遇的环节中亦不应单独强调。同时，用人单位根据职工提供的虚假身份信息，错误地以他人名义为该职工缴纳工伤保险费的，其真实意思表示的投保对象仍为该职工，即冒用身份的职工与社保部门之间在事实上成立了工伤保险关系。工伤保险目的是为了保障工伤职工获得医疗救治和经济补偿，分散用人单位的工伤风险。因此，用人单位依法履行为职工缴纳工伤保险费的义务后，在职工发生工伤时就不应再承担应由工伤保险基金支付的相关费用。当然，如果用人单位与职工故意串通，隐瞒真实身份，可以考虑免除社保部门的工伤保险待遇支付义务，转由用人单位自行承担。

编写人：浙江省杭州市中级人民法院　吴宇龙　唐莹祺

16

非最终法律文书上适用法律错误不影响行政行为的效力

——吴江联华染整有限公司诉吴江市人力资源和社会保障局社会保障行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省吴江市人民法院（2012）吴江行初字第0005号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告：吴江联华染整有限公司

被告：吴江市人力资源和社会保障局

【基本案情】

被告吴江市人力资源和社会保障局于2011年6月15日作出（江）工伤认字［2011］第01281号工伤认定决定，认为“宋明星在工作中所发生的砸压事故中受伤害，经吴江医院于2011年4月15日诊断为右足压伤等”。上述情况经被告调查核实，依据《工伤保险条例》第十四条第（一）项的规定，对该事故伤害认定为工伤。

原告诉称，宋明星与高昌龙、卢勇、吴超同车间员工，原告在2011年4月13日通知从4月14日开始宋明星、高昌龙上夜班，卢勇、吴超上白班，宋明星未服从原告的换班通知，从4月14日起就未到原告处上过班。宋明星于2011年4月26日提出辞职，没有说因为工伤。被告在未要求宋明星提供受伤是因为工作原因造成的相关事实证据，也未向原告作出走访和调查就直接作出工伤认定的做法不合理。被告作出工伤认定没有事实依据，因此请求法院依法判决撤销被告对宋明星作出的工伤认定决定。

被告辩称，被告作出的工伤认定决定事实清楚、证据确凿，程序合法。1. 第

三人系被告职工，2011年4月15日，第三人在工作中所发生的砸压事故中受伤害，经吴江市第一人民医院诊断为右足压伤；2. 第三人受伤后，于2011年4月20日向被告提出工伤认定申请，被告受理后，作出工伤认定受理通知书并进行送达；作出工伤认定限期举证通知书并向原告进行送达。被告于2011年6月15日做出被诉具体行政行为并向各方进行送达，并不违反法定程序；3. 第三人在工作时间和工作场所内因工作原因受到事故伤害，完全符合《工伤保险条例》第十四条第（一）项规定的情形，被告依此认定工伤适用法律正确；4. 被告依法向原告送达了限期举证通知书，原告在举证期限内不能提供第三人不是工伤的证据，应当承担举证不能的法律后果；5. 原告在行政诉状中所陈述的理由不能成立。证人都是原告的职工，与原告有利害关系，其证言不能作为证据予以采信；原告称宋明星在未认定工伤前以其他理由辞职不符合常理的理由也不能成立。综上，请求法院依法维持被告作出的工伤认定决定。

江苏省吴江市人民法院经公开审理查明：第三人宋明星系原告的职工。2011年4月15日，宋明星在工作中所发生的砸压事故中受伤，经吴江市第一人民医院诊断为右足压伤。第三人受伤后，于2011年4月20日向被告提出工伤认定申请，被告受理后，作出工伤认定受理通知书并进行送达；作出工伤认定限期举证通知书并向原告进行送达。被告于2011年6月15日做出被诉具体行政行为并向各方进行送达。原告于2011年8月4日向吴江市人民政府提起行政复议，吴江市人民政府于2011年8月17日作出维持被告作出的工伤认定决定的［2011］吴行复第17号行政复议决定。原告不服，向本院提起诉讼。

【案件焦点】

被告在对原告发出的《工伤认定限期举证通知书》中适用已经失效的《工伤认定办法》（第17号令）是否应撤销。

【法院裁判要旨】

江苏省吴江市人民法院经审理认为：本案被告作为县级劳动保障行政部门，依法具有对本辖区内的企业职工受伤是否构成工伤进行认定的法定职责。第三人作为原告职工，在工作时间和工作场所内因工作原因受到事故伤害符合《工伤保险条例》第十四条第（一）项规定的情形，因此被告在工伤认定决定中根据该规定认

定第三人所受的伤害是工伤适用法律正确。第三人受伤后，于2011年4月20日向被告提出工伤认定申请，被告受理后，作出工伤认定受理通知书并进行送达；作出工伤认定限期举证通知书并向原告进行送达。被告于2011年6月15日做出被诉具体行政行为并向各方进行送达，并不违反法律规定的强制性程序。同时，《工伤认定办法》（第17号令）第十四条规定“职工或者其直系亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由该用人单位承担举证责任。用人单位拒不举证的，劳动保障行政部门可以根据受伤害职工提供的证据依法作出工伤认定结论”；《工伤认定办法》（第8号令）第二十七条规定“本办法自2011年1月1日起施行。劳动和社会保障部2003年9月23日颁布的《工伤认定办法》同时废止”，第十七条规定“职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由该用人单位承担举证责任。用人单位拒不举证的，社会保险行政部门可以根据受伤害职工提供的证据或者调查取得的证据，依法作出工伤认定决定”，被告在对原告发出的《工伤认定限期举证通知书》中适用已经失效的《工伤认定办法》（第17号令），存在法律引用上的瑕疵，但《工伤认定办法》（第17号令）第十四条和《工伤认定办法》（第8号令）第十七条的规定并无原则上的区别，对原告的权利并无实质性的影响。

综上，被告作出的（江）工伤认字［2011］第01281号工伤认定决定证据确凿，适用法律、法规正确，被告在限期举证通知书中存在的瑕疵并未与现行的《工伤认定办法》的规定相悖，且该瑕疵对原告的权利没有实质性的影响。

江苏省吴江市人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十九条第三款和第五十六条第（四）项的规定，作出如下判决：

驳回原告要求撤销吴江市人力资源和社会保障局于2011年6月15日作出的（江）工伤认字［2011］第01281号工伤认定决定的诉讼请求。

案件受理费50元，由原告负担。

【法官后语】

关于本案的审理，合议庭在评议中对被告在对原告发出的《工伤认定限期举证通知书》中适用已经失效的《工伤认定办法》（第17号令）的性质在认识上有差异。一种观点认为被告在对外法律文书中引用已经失效的规章，属于适用法律错

误，符合《行政诉讼法》第五十四条第（二）项规定的情形，法院应当判决撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为；另一种观点认为被告在非最终法律文书中引用已经失效的规章属于适用法律的瑕疵，对当事人的权益没有实质性的影响，不符合《行政诉讼法》第五十四条第（二）项规定的情形，而应按照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定驳回原告的诉讼请求。

我们基本同意第二种观点，主要有以下理由：

1. 工伤认定限期举证通知书虽是被告对原告作出的，但并非最终法律文书。该通知书发出的目的是通知用人单位其职工已经向被告提出工伤认定申请并提交了相关材料，而要求原告在举证期间内提供相关证据材料。要求原告限期举证是被告进行工伤认定的法定程序，被告虽然在限期举证通知书上引用了失效的规章，但两者内容基本一致，要求原告限期举证的目的达到了，原告已经收到并行使了自己的权利，因此被告要求原告限期举证的行为虽然存在法律上的瑕疵，但对原告的合法权益没有实质性影响，因此不能因此撤销被告最终作出的工伤认定决定书，也不能撤销被告作出的限期举证通知书，而只能判决驳回原告的诉讼请求。

2. 考虑到保护第三人的合法权益，也不适宜撤销该工伤认定决定。在工伤认定案件中，虽然被告是行政机关，但真正利益攸关的却是原告和第三人，仅仅因为行政机关在作出行政行为过程中存在瑕疵就撤销该工伤认定决定不利于对行政相对人合法权益的保护，也不符合《行政诉讼法》的立法目的；而且在撤销之后，行政机关势必要重新启动工伤认定程序，根据现有证据还将作出完全相同的工伤认定结论，对当事人各方的权利没有实质性的影响，还降低了司法效率，因此撤销完全没有必要。

3. 行政机关作出一个具体行政行为是一个完整的执法过程，包括启动行为、中间行为和最终行为，在具体外化形式上既有启动文书（立案文书），也有中间文书和最终文书，行政机关的最终文书如果适用法律错误，一般应当直接撤销，但如果不是最终文书，只是启动文书或者中间文书中适用法律不适当甚至错误，只要不影响当事人的实质性权利，一般不宜撤销，而应以判决驳回诉讼请求为宜。

编写人：江苏省苏州市吴江区[1]人民法院　秦绪栋

---

① 2012年9月1日，经国务院批准，撤销县级吴江市，设立苏州市吴江区。

17

工伤认定“上下班途中”的界定

——王亮诉厦门市人力资源和社会保障局社会保障行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦行终字第22号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告：王亮

被告：厦门市人力资源和社会保障局

【基本案情】

原告王亮系来奇偏光科技（厦门）有限公司（以下简称来奇偏光公司）职工，从事操作工岗位的工作，居住地位于西滨路北面，厦门市集美区前场村瑶山南。2011年4月27日上午8时15分，原告驾驶闽D7Q656号二轮摩托车从公司下班回家，行至西滨路口后调头沿西滨路由北往南方向行驶欲往长庚医院复诊，行至蔡林路口时，与闽DNV068号小客车发生碰撞，致使原告受伤并被送往厦门市第一医院杏林院区住院治疗。事发后，厦门市公安局交通警察支队集美大队处理了该起交通事故，并作出第3502113201100481号《道路交通事故认定书》，认定闽DNV068号小客车驾驶员魏龙德对该事故负主要责任，原告王亮负次要责任。

2011年5月27日，第三人来奇偏光公司为王亮填写了《工伤认定申请表》，在申请表“受伤害经过简述”一栏中，填写了原告送同事回家后调头往长庚医院的内容。2011年5月30日，王亮在“受伤害职工或亲属意见”栏签署了“所填情况属实，同意申请工伤”的内容。公司在“用人单位意见”栏填写了“同意申请工伤”的意见，并加盖了公司及法定代表人印章。

2011年5月31日，来奇偏光公司向被告申请工伤认定。被告受理后，于2011年6月23日作出第20110103号《不予认定工伤决定书》，并于2011年6月28日分别送达给来奇偏光公司与王亮。

【案件焦点】

王亮下班后就医路上发生交通事故，能否认定为下班途中受到事故伤害。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定：在上下班途中，职工受到非本人主要责任的交通事故伤害的，应当认定为工伤。本案所发生的交通事故，非王亮本人负主要责任，是不争的事实。本案争议的焦点在于王亮受到事故伤害的地点是否可认定为《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定意义上的"上下班途中"，换言之，"上下班途中"的概念是否仅限于工作单位与居住地之间的路途。

关于"上下班途中"如何界定的问题，《工伤保险条例》并无相应规定。从工伤保险制度的基本特征及立法精神出发，在工伤案件的审理中，当用人单位的权益和职工的合法权益发生冲突时，在法律没有明文规定的情况下，应当优先保护弱势群体即劳动者的合法权益。下班的合理路线并不等同于单位到居所的最短路线。下班路线是否合理，应当以社会公众普遍合理的认识标准为依据。职工的行为属于正常、合理的生活需要，且其经过的路线距离在合理的范围之内，则其下班路线应当认定为合理路线。本案中，王亮在事发当天早上下班，向单位主管人员要求拿出由单位保管的病历材料，明确表示要到医院复诊，且其所发生的交通事故在公司至医院的必经路线上。至于王亮下班后的行径路线确先往居住地走，后调头往医院方向行进，这一客观事实，并不能改变王亮下班后前往医院就诊的事实，而前往医院就诊是王亮下班后的目的所在，且又是王亮正常合理的生活需要，所以王亮下班后未回居住地，而前往医院就诊的路线应当认定为合理的下班路线，因此，厦门市人力资源和社会保障局主张的"上下班途中"应指居所与单位之间的路途，是一种简单的理解，未能全面考量本案的事实和正确理解法规的规定，据此作出不予认定工伤的决定不当，依法应予撤销。

福建省厦门市思明区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四

条第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销被告厦门市人力资源和社会保障局于2011年6月23日作出的第20110103号《不予认定工伤决定书》；

二、被告厦门市人力资源和社会保障局应在判决生效之日起三十日内重新作出工伤认定的决定。

被告厦门市人力资源和社会保障局不服一审判决，提起了上诉。

福建省厦门市中院人民法院经审理认为：《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定："在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故……，应当认定为工伤"。本案被上诉人王亮所发生的交通事故，并非其本人负主要责任，是不争的事实。争议的焦点在于如何认定"上下班途中"。从工伤保险制度的基本特征及立法精神出发，在工伤案件的审理中，当用人单位的权益和职工的合法权益发生冲突时，在法律没有明文规定的情况下，应当优先保护弱势群体即劳动者的合法权益。下班的合理路线并不等同于单位到居所的最短路线。下班路线是否合理，应当以社会公众普遍合理的认识标准为依据。职工的行为属于正常、合理的生活需要，且其经过的路线距离在合理的范围之内，则其下班路线应当认定为合理路线。本案中，王亮在事发当天早上下班，向单位主管人员要求拿出由单位保管的病历材料，明确表示要到医院复诊，且其所发生的交通事故在公司至医院的必经路线上。至于王亮下班后的行径路线确先往居住地走，后调头往医院方向行进，这一客观事实，并不能改变王亮下班后前往医院就诊的事实，而前往医院就诊是王亮下班后的目的所在，且又是王亮正常合理的生活需要，所以王亮下班后未回居住地，而前往医院就诊的路线应当认定为合理的下班路线，因此，上诉人上诉主张的"上下班途中"应指居所与单位之间的路途，是一种简单的理解，未能全面考量本案的事实和正确理解法规的规定，该上诉理由，本院不予支持。一审判决认定事实清楚，程序合法，适用法律正确。

福建省厦门市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案是一起职工在下班路上，受到机动车事故伤害而引发的工伤认定案件。对于这类案件，重点也是难点在于如何理解和界定“上下班途中”的问题，《工伤保险条例》对此并未进行具体说明，而且，由于现实生活复杂多样性，就算法律法规对其进行列举规定也难以穷尽所有情形，这就需要法院在司法实务中，根据个案情况，本着“以事实为依据，以法律为准绳”的基本原则，依据具体规定，考虑法律的宗旨和目的，综合考量事实、法律、风俗习惯、社会环境等各种因素，使相关案件的审理和判决合法合情合理。

就本案而言，首先，王亮在下班后，前往医院复诊，以保持身体健康，是其日常生活需要，实现生存权、健康权所必需的活动，以便保持和提高体力，更好更有效率地投入工作，因而其选择路线的目的和动机是合理的。其次，根据日常生活经验，下班后去医院就医也是经常发生的事情，符合生活常情。王亮选取的路线也位于单位到医院之间，路线是合理的。再次，从时间来看，王亮8点15分下班，事故发生时间是8点30分，相距不过15分钟，时间在合理的范围之内。至于王亮是否先送同事回家的事实，与其前往医院就诊的目的合理性并不冲突。

综上，王亮受到事故伤害当日所选取的路线具有目的合理性、必需性和客观可行性，因此，王亮下班后，前往医院途中受到非本人主要责任交通事故的伤害，属于《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定的情形，依法应认定为工伤。被告将“上下班途中”限定在工作单位与居住地之间的路途，并据此作出不予认定工伤的决定不当。法院判决被告撤销该工伤认定结果，重新作出工伤认定，是严格依照法律规定并充分尊重法律宗旨和价值理念的结果。在当前风险社会里，工伤事故频发的背景下，本案的处理结果对于类似案件的处理和法律的适用提供了一个新的思考方式。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院　王叶萍

18

房屋灭失后，房屋继承人享有提起行政诉讼的主体资格

——章宏照诉三门县人民政府房屋登记行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省台州市三门县人民法院（2012）台三行初字第5号行政判决书

2. 案由：房屋登记行政确认

3. 当事人

原告：章宏照

被告：三门县人民政府

【基本案情】

20世纪50年代，原告父亲章以铙取得了浙江省三门县土地房产所有权证，合法拥有位于浙江省三门县海游镇上西巷两间半宅基地使用权。1996年9月1日，根据第三人之夫章宏荣的申请，被告向第三人之夫章宏荣颁发了三集用（1996）字第00164772号集体土地使用权证，土地使用范围包括了原告父亲章以铙的宅基地。

另查明，原告章宏照系章以铙的儿子，原告的父母亲于20世纪50年代前已死亡。讼争所涉及的房屋于2011年2月14日因失火而灭失，第三人在原宅基地上已新建房屋。

【案件焦点】

1. 房屋灭失情况下，公民、法人或者其他组织是否有权对原房屋登记行为提起行政诉讼；2. 起诉期限的起算点，是否应为行政程序完成之日，而非行政机关内部审批决定之日。

【法院裁判要旨】

台州市三门县人民法院经审理认为：被告作为县级人民政府有权进行房屋所有权登记。被诉具体行政行为作出时，虽原房屋所有权人章以铙及其妻均已死亡，但地上建筑物并未灭失，因此原告作为章以铙的唯一继承人，与被诉具体行政行为有法律上的利害关系，具有诉讼主体资格，故被告与第三人认为原告不具有诉讼主体资格的辩称请求理由不足，本院不予支持。根据房屋所有权登记审批表记载，被告于1991年6月3日已"同意确权，准予发证"，但当时并未向第三人颁发房屋所有权证，行政程序未完成。故起诉期限应从被告向第三人颁发房屋所有权证之日，即从1992年1月11日起计算，故原告于2012年1月10日向法院提起行政诉讼，并未超过二十年的最长起诉期限。根据城乡建设环境保护部于1987年颁布的《城镇房屋所有权登记暂行办法》第八条的规定，审核权属是被告的法定职责。被告在进行权属审核时，仅依据三门县海游镇城西村村民委员会的房屋所有权证明，即认定讼争所涉及房屋产权全部属于第三人，与浙江省三门县土地房产所有权证记载的事实不符。故被诉具体行政行为认定事实不清，主要证据不足，依法应当予以撤销。据此，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1目的规定，判决撤销被告三门县人民政府于1992年1月11日作出的海房字第05451536号房屋所有权证。

【法官后语】

1. 对房屋灭失后权属登记行为，房屋继承人享有提起行政诉讼的主体资格。

就房屋灭失后，对原房屋登记行为，房屋所有权人有无诉讼主体资格，有两种不同的观点。一种观点认为，房屋都已灭失，则基于该所有权而产生的诉讼主体资格自然丧失；另一种观点认为，虽然诉讼时房屋已经灭失，但如果在具体行政行为作出时该房屋尚存，公民、法人、或者其他组织认为原房屋登记行为侵犯其合法权益的，有权提起行政诉讼。笔者同意第二种观点。理由如下：一是原房屋所有权人与被诉具体行政行为有法律上的利害关系。本案中，被告同意确权的时间是1991年6月3日，颁发房屋权属证书的时间为1992年1月11日，而房子灭失的时间为2011年2月14日，确权与颁发证书的时间在前，房屋灭失在后。原告作为本案讼争所涉及房屋的继承人，虽然该房屋于2011年2月14日因失火而灭失，但在具体

行政行为作出时，该房屋尚存，故作为房屋当时的所有权人与该具体行政行为具有法律上的利害关系。二是房屋灭失不代表其他相关权利丧失。即使房屋已经灭失，但附着于原房屋所有权之上的一些权益，譬如以房屋所有权证为根据的拆迁安置权益，以及土地使用权利益等仍然存在。综上，不能因为具体行政行为作出之后权利标的物的丧失就当然剥夺原所有权人的诉讼主体资格。

2. 起诉期限的起算点，应为行政程序完成之日，而非行政机关内部审批决定之日。

根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十二条规定，公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过二十年、其他具体行政行为从作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理。

法律虽然明确规定了起诉期限应从行政行为作出之日开始计算，但起算点问题，即对“做出之日”的理解有不同看法。实践中，对于起诉期限，有人认为，如行政机关对房屋登记事项同意确权，即表示该具体行政行为已经确定，则相应地起诉期限也应当从同意确权之日起算。然笔者认为应当自行政机关完成行政程序即颁发权属证书之日起算。

行政机关作出具体行政行为的目的，是对相对人的权益产生影响，或者对相对人赋予权利，或者对相对人设定义务，因此，行政机关作出具体行政行为后制作的法律文书只有送达给当事人，才能对当事人发生法律效力。如果未送达当事人，应视为行政程序未完成，对当事人不产生约束力。行政程序完成之日，行政行为起到外化的效果，才发生法律效力，故行政诉讼起诉期限的起算点应为具体行政行为完成之日。建设部颁布的《城市房屋权属登记管理办法》第十条与《房屋登记办法》第七条之规定，房屋权属登记依以下程序进行：申请、受理、审核、核准登记和颁发房屋权属证书。因此，房屋颁证行为与核准登记行为是一个行政行为，而不是两个行政行为。房屋颁证行为是登记程序完成的标志。本案中，虽被告已于1991年6月3日批示“同意确权，准予发证”，但其于1992年1月11日才给第三人颁发房屋权属证书。至此，房屋登记发证的行政程序才算完成。故应从颁发权属证书的次日起算起诉期限，原告于2012年1月10日向法院提起行政诉讼，并未超过二十年

的最长起诉期限。

编写人：浙江省台州市三门县人民法院　叶咪娜

19

道路交通事故案件中，如何确定交通事故认定书的证明力

——浙江万通车业有限公司诉兰溪市人力资源和社会保障局、赵庆华工伤行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省金华市中级人民法院（2013）浙金行终字第11号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告（被上诉人）：浙江万通车业有限公司

被告（被上诉人）：兰溪市人力资源和社会保障局

【基本案情】

第三人赵庆华与原告浙江万通车业有限公司于2011年5月19日签订了劳动合同，合同期限为2011年4月1日至2012年4月1日。2011年7月2日，赵庆华到永康出差回浙江万通车业有限公司后，驾驶浙GQA951号普通二轮摩托车下班回家，20时50分许，途径330国道256KM+750M婺城区白龙桥镇湖家村地段时，与行人朱爱兰发生碰撞事故，造成赵庆华与朱爱兰受伤。2011年7月27日金华市公安局交通警察支队直属三大队作出金公交直三认字：3307027201100005号道路交通事故认定书，认定在该道路交通事故中第三人赵庆华负主要责任，朱爱兰负次要责任。2011年8月4日，第三人赵庆华申请交通事故复核，要求撤销金公交直三认字：3307027201100005号道路交通事故认定书。经复核，2012年4月12日金华市公安局交通警察支队直属三大队重新作出金公交直三认字：3307027201100005A号

道路交通事故认定书，认定第三人赵庆华和朱爱兰负事故同等责任。2012 年 5 月 4 日赵庆华以在上下班途中受到非本人主要责任的交通事故伤害为由，向兰溪市人力资源和社会保障局提出工伤认定申请。兰溪市人力资源和社会保障局于 2012 年 6 月 29 日作出［2012］429 号认定工伤决定书：认定赵庆华为工伤。原告于 2012 年 9 月 27 日向兰溪市人民法院提起行政诉讼，以道路交通事故认定书与客观事实不符为由，申请撤销［2012］429 号认定工伤决定书。

【案件焦点】

3307027201100005A 号道路交通事故认定书是否能作为赵庆华构成工伤的依据。

【法院裁判要旨】

浙江省金华市兰溪市人民法院经审理认为：通过审查本院向金华市公安局交通警察支队直属三大队调取的该道路交通事故的案卷材料，第三人赵庆华和朱爱兰的询问笔录前后不一致，导致本院对如下两个事实难以认定：第一，第三人赵庆华与别的机动车发生碰撞后再与朱爱兰发生碰撞，还是直接与朱爱兰发生碰撞；第二，朱爱兰是在 330 国道道路西侧的快速车道沿绿化带从兰溪往金华方向走，还是在 330 国道绿化带东侧穿过绿化带后由东往西横过机动车道。金公交直三认字：3307027201100005A 号道路交通事故认定书认定事实不清，认定第三人赵庆华和朱爱兰对道路交通事故负同等责任所依据的证据不足，本院对其难以采信。被告采信金公交直三认字：3307027201100005A 号道路交通事故认定书，因证据不足导致认定赵庆华工伤错误，不符合《工伤保险条例》第十四条第一款第（六）项之规定。

兰溪市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第一款第（二）项之规定，作出如下判决：

撤销［2012］429 号认定工伤决定书。

一审宣判后，第三人赵庆华以金公交直三认字：3307027201100005A 号道路交通事故认定书合法有效，原审法院认定事实不清，撤销［2012］429 号认定工伤决定书错误为由，向金华市中级人民法院提起上诉。

金华市中级人民法院经审理认为：本案的争议焦点是金公交直三认字：33070272011 0005A 号道路交通事故认定书能否作为认定赵庆华构成工伤的依据。

经查，该道路交通事故认定书是交警部门在复核后重新作出的事故认定书，相较于原先作出的金公交直三认字：330702720110005号道路交通事故认定书，在当事人事故责任上进行了重新划分，即由原先“认定赵庆华承担事故的主要责任；朱爱兰承担事故的次要责任”改为“认定赵庆华与朱爱兰各承担事故的同等责任”。从两份事故认定书的内容上看，进行责任重新划分的主要依据是朱爱兰在事故中的过错由“在机动车道内行走”变更为“未按规定横过机动车道”。而根据交警部门对朱爱兰的询问笔录，其对事故发生时是在机动车道内行走还是横过机动车道有着前后不一的陈述，且除当事人陈述外并无其他证据可以佐证该存疑之事实。另一方面，赵庆华对其与别的机动车发生碰撞后再与朱爱兰发生碰撞，还是直接与朱爱兰发生碰撞的陈述同样存在前后不一的情况。据此，一审法院认定金公交直三认字：330702720110005A号道路交通事故认定书事实不清，证据不足，对该事故认定书不予采信并无不当，本院予以支持。原审判决正确，依法应予维持。

金华市中级人民法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案给我们的启示：在涉及道路交通事故的工伤行政确认案件中，如何正确把握交通事故认定书的证明力。交通事故认定书关于事故责任的划分，直接影响到当事人的权利义务，在诉讼过程中有着举足轻重的地位。鉴于交通事故认定书具有极强的专业性，有观点认为：道路交通事故认定书是公文书证，其证明力比一般书证要强，具有优于其他书证的证明效力。正是在这种观点的错误导向之下，致使法院的审查往往流于形式，司法实践中，也很少有法院不予采信交通事故认定书的案例。

更让人觉得意味深长的是，2012年的两次笔录中朱爱兰均提及赵庆华的妻子找过她，称签过协议，以后跟她没有关系了，他们自己去劳动局赔钱。达成协议当天金华市公安局交通警察大队直属三大队重新作出了3307027201100005A号道路交通事故认定书，认定第三人与朱爱兰负同等责任。朱爱兰由次要责任更改为同等责任，责任加重了，而她本人没有提出异议，有违常理。庭审中第三人陈述因治疗伤情已经花费了十三、四万，并且还要继续治疗，如果按照同等责任，朱爱兰应当承

担七万左右的费用，而第三人与朱爱兰达成协议放弃自身的民事赔偿权利，显然不符合常理。第三人通过放弃追究朱爱兰的民事责任，更改道路交通事故认定书，从而达到认定工伤的目的。基于当事人之间达成的可能损害原告利益的协议而作出的道路交通事故认定书，法院难以采信。

综上，笔者认为，法院在审理涉及道路交通事故的工伤行政确认案件的过程中，不能盲目采信交通事故认定书，应该对交通事故认定书进行全面审查再决定是否采信。

编写人：浙江省金华市兰溪市人民法院　徐露苗

20

工伤案件中“工作原因”的理解与认定

——侯强祥诉无锡市人力资源和社会保障局、第三人无锡成业劳务派遣有限公司人力资源和社会保障行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市崇安区人民法院（2012）崇行初字第26号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告（上诉人）：侯强祥

被告（被上诉人）：无锡市人力资源和社会保障局（以下简称市人社局）

【基本案情】

侯强祥系成业公司派遣至远纺工业（无锡）有限公司（以下简称远纺公司）的落纱工，主要工作是装纱、推纱、落纱等。2010年9月27日，侯强祥上中班，工作时间为15时至23时，21时30分许，当天工作已结束，空落纱车也均已归位，侯强祥在用双臂下撑落纱车把手时摔倒，右手撑地受伤，经诊治，诊断为右尺桡骨

中段骨折。

2011年9月26日，侯强祥向市人社局提出工伤认定申请，并提交了企业登记资料复印件、身份证明、劳动关系证明、医疗资料、康友德的证言及身份证明等申请材料，其中医疗资料中载明：患者诉玩双杠时不慎摔倒，右上肢撑地。市人社局于2011年10月10日受理并向成业公司发出工伤认定举证通知书。2011年10月20日，成业公司向市人社局提交情况说明、事故登记表、成业公司说明、医疗资料、劳动合同书、考勤表、康友德、刘慧、戎海霞、徐小朋四人证言等举证材料，认为侯强祥在单位玩耍时摔伤，非工作原因受伤，不同意认定为工伤。根据双方提交的证据材料，市人社局先后向侯强祥、李立国、康友德、徐小朋、刘慧等进行调查核实，其中侯强祥在2011年10月25日的调查笔录中陈述："我当时确实是在推落纱车，推得比较快，想刹住时没有拉，而是想用撑在把手上的重量压停落纱车，我承认有玩的心理。"市人社局经审核，根据《工伤保险条例》第十四条、第十五条规定，于2011年12月2日作出锡人社工伤认（2011）第5095号工伤认定决定，决定侯强祥在上述时间、地点受到的伤害，不予认定为工伤和视同工伤，并分别向侯强祥和成业公司送达了工伤认定决定书。侯强祥不服，提起行政诉讼。

【案件焦点】

侯强祥是否因工作原因受伤。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市崇安区人民法院经审理认为：根据《工伤保险条例》的规定，市人社局具有负责本行政区域内的工伤保险工作的法定职责。《工伤保险条例》第十四条、第十五条规定了应当认定为工伤和视同工伤的法定情形，其中第十四条第（一）项规定，职工在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害，应当认定为工伤。本案中，对于侯强祥在工作时间、工作场所受伤的事实，原告、被告和第三人均予以认可，争议在于侯强祥是否因工作原因受到事故伤害。成业公司在工伤认定程序中提交的康友德、刘慧、戎海霞、徐小朋的证言等证据，与被告市人社局调查核实的情况能够相互印证，证明事发前落纱工作已全部结束，落纱车已停放到规定位置。在当时的工作状态下，结合侯强祥的工作职责和工作内容、其本人在工伤认定程序中所作的陈述以及康友德等人的证言，侯强祥因用双臂下撑落纱车把

手而摔倒受伤，并非因工作原因受伤，不符合《工伤保险条例》的相关规定。被告市人社局根据侯强祥的申请和成业公司的举证，经调查、审核作出不予认定工伤和视同工伤的决定，并无不当。对于原告侯强祥提出推落纱车是其工作的组成部分，因此受伤应认定为工伤等主张，理由不充分，本院不予支持。

无锡市崇安区人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定，作出如下判决：

驳回原告侯强祥请求撤销被告无锡市人力资源和社会保障局作出的锡人社工伤认（2011）第5095号工伤认定决定的诉讼请求。

侯强祥持原审起诉意见提起上诉。无锡市中级人民法院经审理认为，《工伤保险条例》第十四条第（一）项规定，在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害，应当认定为工伤。本案中，对2010年9月27日侯强祥发生的受伤事故是否应当认定为工伤，关键在于判断其是否因工作原因受伤，这也是本案的争议焦点所在。综合市人社局的调查笔录与成业公司在工伤认定程序中提供的证据可以看出，侯强祥受伤事故发生时，落纱工作已经结束，空落纱车已经停放到规定位置。导致侯强祥摔倒受伤的用双臂下撑落纱车这一动作，并非工作中使用落纱车时的必需动作，结合侯强祥第一时间在病历上的自述，因此可以判定侯强祥受伤并非因工作原因所致。据此，市人社局经调查认为侯强祥受伤情形不符合《工伤保险条例》第十四条第（一）项规定，也不符合其他法定工伤情形的规定，因而应当不予认定为工伤和视同工伤，事实清楚，证据确凿，适用法律正确，程序合法。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，应予维持。上诉人的上诉理由无事实和法律依据，本院不予支持。

无锡市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案是工伤认定中常见的在“工作原因”上引发争议的案件。《工伤保险条例》以列举的方式规定应当认定为工伤的情形，文字表述具有抽象性和概括性的特点，“工作原因”这简简单单的四个字里面大有文章可作。

从立法本意看，《工伤保险条例》第一条就明确指出：“为了保障因工作遭受

事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险，制定本条例。”一般来讲，“工作原因”应当是指从事与工作任务相关的活动，换言之，若职工受伤与从事本职工作之间存在因果关系就可以认定为工伤。实践中，对该问题通常采用合理的扩大化解释，更何况《工伤保险条例》本身已经将在工作场所内从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害纳入工伤范围。《工伤保险条例》中向受伤害职工倾斜的规定比比皆是，最突出就是工伤认定举证责任倒置原则。《工伤保险条例》第十九条第二款规定：“职工或者其直系亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。”具体到本案中，如果侯强祥对自己受伤过程的描述是合理的，那么用人单位应对其受伤并非工作原因所致承担举证责任，而法院在审查过程中发现，侯强祥自己陈述时承认推落纱车“有玩的心理”，用人单位的举证虽无法还原侯强祥的心理状态，但能证实当时的工作状态，已尽到举证义务。此时再严格地按照举证责任倒置规则认定单位举证不到位，就显得过于机械和过于严苛了。

在司法实践中，每一个案件判决的意义，不仅是对法律规则的一次实践，更在于司法对社会行为的导向。本案中若对侯强祥受的伤若认定为工伤，会给社会传递出工作时不需要遵守工作制度甚至玩耍嬉闹都可以的信号。认定工伤的范围一扩再扩，会大大地增加企业面临的风险和负担。

编写人：江苏省无锡市崇安区人民法院　徐滢

21

发证对象错误的土地承包经营权证应收回

——周全福诉溧阳市人民政府注销土地承包经营权证案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省常州市中级人民法院（2012）常行终字第119号行政判决书

2. 案由：土地承包经营权证行政注销

3. 当事人

原告（上诉人）：周全福

被告（被上诉人）：溧阳市人民政府

【基本案情】

周全福为别桥镇两湾村委村民，1984年包产到户后，周全福与本村7户农民联营，与村委、有田农户签订《芦湾塘承包合同》，承包该村芦湾塘102.43亩低洼圩田。承包合同约定："承包期限自1984年12月起至1994年芒种，计10年6个月。期满后如要续包，应征得村委及原承包人同意，重新订立协议"。周全福等人在承包地上开挖鱼塘养鱼，1994年承包期满后，鱼塘仍由周全福等人实际使用。1998年9月30日，溧阳市人民政府向周全福核发了土地承包经营权证，载明承包土地总面积为79.22亩。次年3月，两湾村委与周全福签订了承包合同，约定将芦湾塘109亩低洼圩田承包给周全福自主经营，承包期限自1999年1月起至2007年1月止。

2011年，两湾村委村民提出申请，请求注销周全福的上述土地承包经营权证。溧阳市人民政府收到申请，在听取周全福的陈述申辩并进行调查核实后，于2011年11月14日向周全福发出收回承包经营权证的通知。因周全福未在规定期限内交回该证，溧阳市人民政府于2011年12月6日作出《关于注销农村集体土地承包经营权证书的决定》，送达周全福并予以公告。周全福不服，诉至法院，请求撤销该注销决定。

【案件焦点】

1. 周全福是否系讼争土地承包经营权证的正确发证对象；2. 溧阳市人民政府作出被诉注销决定法律依据是否充分、程序是否正当。

【法院裁判要旨】

江苏省常州市溧阳市人民法院经审理认为：溧阳市人民政府作为核发讼争农村土地承包经营权证的法定主体，具有注销该承包经营权证的法定职权。根据1984年农户、养殖户与村委三方签订的《芦湾塘承包合同》可以认定，该承包

合同所涉相关农户是讼争集体土地的原始承包方，依法享有农村土地承包经营权和取得农村土地承包经营权证的权利。周全福仅是以转包方式取得讼争土地一定期限的经营权。据此，溧阳市人民政府农村土地承包经营权证的发证对象错误。溧阳市人民政府依据《农村土地承包经营权证管理办法》作出被诉注销决定，适用法律正确。

江苏省溧阳市人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定，作出如下判决：

驳回原告周全福的诉讼请求。

周全福持原审起诉意见提起上诉。江苏省常州市中级人民法院经审理认为：溧阳市人民政府土地承包经营权证的发证对象错误，侵犯了其他原始承包户的权利。溧阳市人民政府作为讼争权证的发证机关，在听取周全福的陈述申辩并进行调查核实后，向周全福发出收回承包经营权证的通知，因周全福未在规定期限内交回该证，溧阳市人民政府遂作出被诉注销决定，送达周全福并予以公告。注销程序符合正当程序要求。

江苏省常州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1.《芦湾塘承包合同》系土地承包经营权转包合同。

周全福等人与村委、有田农户于1984年签订的《芦湾塘承包合同》约定：“承包期限自1984年12月起至1994年芒种，计10年6个月。期满后如要续包，应征得村委及原承包人同意，重新订立协议。”对上述条款进行文义解释，可认定《芦湾塘承包合同》系土地承包经营权转包合同、而非土地承包经营权转让合同。因为，如果两湾村委有田农户的真实意思表示系转让农村土地承包经营权，则不需要再进行“期满后续包”的约定。

据此，与周全福等人签订《芦湾塘承包合同》的两湾村委有田农户仍系讼争集体土地的原始承包方，而周全福系接包方。

2. 溧阳市人民政府土地承包经营权证发证对象错误。

农村土地承包经营权证的持证人应为农村土地承包方，而非以转包方式流转土地承包经营权的接包方。我们认为，周全福在涉案权证颁发时并非讼争集体土地的承包方。首先，周全福并不是第一轮农村土地承包的承包方，而仅是以转包方式进行了土地承包经营权的流转，系土地承包经营权的接包方。其次，根据《中共中央办公厅、国务院办公厅关于进一步稳定和完善农村土地承包关系的通知》精神，第二轮承包的原则是“大稳定，小调整”，农户在第一轮承包中享有的土地承包经营权在第二轮承包中要继续保持稳定，土地使用权的正常流转不改变农户对集体土地的承包权利。再次，没有证据证明周全福在第一轮承包或者第二轮承包中以转让、互换的方式进行了土地承包经营权的流转而成为土地承包经营权的受让方。最后，溧阳市人民政府在1998年核发涉案权证时，两湾村委与周全福并无合法有效的承包合同存在，权证的颁发没有相应的事实依据。综上，溧阳市人民政府土地承包经营权证发证对象错误，侵犯了讼争集体土地原承包方的权利。

3. 被诉注销决定事实清楚、程序正当、适用法律正确。

《农村土地承包经营权证管理办法》第二十条规定了依法收回农村土地承包经营权证的四种情形。土地承包经营权证发证对象错误应认定为属第四种情形“其他收回土地承包经营权证的情形”，是发证机关的自我纠错行为。该办法第二十一条同时规定，承包方无正当理由拒绝交回农村土地承包经营权证的，由原发证机关注销该证，并予以公告。

溧阳市人民政府收到村民要求注销周全福土地承包经营权证的申请后，进行了调查核实，并听取了周全福的陈述申辩，尔后向周全福发出收回土地承包经营权证的通知。因周全福未在规定期限内交回土地承包经营权证，溧阳市人民政府作为该土地承包经营权证的原发证机关，作出被诉注销决定，送达周全福并予以公告。对照上述部门规章的规定，被诉注销决定事实清楚、程序正当、适用法律正确。

编写人：江苏省常州市中级人民法院　高淑琴　周雯

22

身份证年龄与档案年龄不一致时退休年龄的认定问题

——吴金玉诉厦门市人力资源和社会保障局社会保障行政决定案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦行终字第65号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政决定

3. 当事人

原告：吴金玉

被告：厦门市人力资源和社会保障局

【基本案情】

原告吴金玉系第三人厦门港务控股集团有限公司（原名厦门港务局）的职员。第三人于2009年9月25日的《厦门日报》上刊登通知，以原告2009年9月达到法定退休年龄为由，通知其主要内容如下“吴金玉：根据你身份证资料，……为使你及时享受退休待遇，公司已替你办理了公司应办理的退休手续，现只需你办理退休手续。”

吴金玉的身份证记载的出生时间为1949年9月17日。吴金玉的个人人事档案中，记载的出生时间存在不一致的情况。其中1973年9月10日制成的学生登记表（干部目录表体现该登记表制成时间为1973年6月26日有误）与1988年制成的干部履历表记载的出生时间均为1949年9月17日；1989年9月制成的企业专业技术职务个人审批表记载的出生时间为1949年9月；1977年1月26日制成的大专院校毕业生登记表记载的出生时间为1950年9月17日；1979年制成的干部履历表记载的出生时间为1950年9月。厦门市劳动和社会保障局（厦门市劳动和社会保障局的职责现已划入被告的职责范围）根据吴金玉的身份证信息，结合档案材料，认定

吴金玉的出生时间为1949年9月17日。

2010年1月4日，厦门市劳动和社会保障局作出了厦劳退养字［2009］100006号《厦门市职工社会养老保险待遇计发决定书》。计发决定书详细列明了计发退休养老金的相关参数、原办法待遇计算方法和数据、新办法待遇计算方法和数据、实际发放待遇和个人储蓄养老保险金等内容。计发决定书上还记载了吴金玉个人身份证一代证的号码。

【案件焦点】

原告吴金玉身份证年龄与档案年龄不一致，如何认定退休年龄的问题。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：关于原告吴金玉的出生时间问题。公民的出生时间是一种客观存在，且每个公民只有一个出生时间。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第一条规定，公民的出生时间以户籍证明为准。

《劳动和社会保障部关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》第二条第（二）项规定，对职工出生时间的认定，实行居民身份证与职工档案相结合的办法。当本人身份证与档案记载的出生时间不一致时，以本人档案最先记载的出生时间为准。

本案原告的身份证记载的出生时间为1949年9月17日。原告个人档案中虽然存在出生时间记载不一致的情形，但原告本人填写的多份材料，包括1973年9月10日的学生登记表、1988年的干部履历表、1989年9月的企业专业技术职务个人审批表记载等记载的出生时间均与身份证记载一致。被告将原告身份证与档案记载相结合，据此认定原告的出生时间为1949年9月17日，于法有据。

被告在为原告办理退休手续过程中程序合法，作出的厦劳退养字［2009］100006号《厦门市职工社会养老保险待遇计发决定书》，依据充分，数据准确。原告提出的关于被告认定的出生时间有误、专业技术职称应为高级工程师、退休养老金数据错误的主张，缺乏证据，对于原告要求撤销被告作出的养老保险待遇计发决定的诉讼请求，本院不予支持。

福建省厦门市思明区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四

条第（一）项的规定，判决如下：

维持厦门市人力资源和社会保障局作出的厦劳退养字［2009］100006号厦门市职工社会养老保险待遇计发决定。

吴金玉持原审意见提起上诉。福建省厦门市中院人民法院经审理认为：一审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，上诉人的上诉请求缺乏依据，本院不予支持。

福建省厦门市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

该案例涉及身份证年龄与档案年龄不一致时，如何认定退休年龄的问题。

关于企业职工办理退休手续时出生日期的认定，原劳动和社会保障局于1999年3月9日出台了《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》。目前，各地社会保险行政部门在认定企业退休人员的年龄时，都是依照该通知的相关规定执行的。

该通知关于如何认定职工出生日期规定了两种认定标准：一是身份证与档案相结合的综合判断认定标准；二是档案最先记载为准的认定标准。

对两种标准的适用，应以综合判断标准为原则，以最先记载标准为例外。因为，其一，身份证系公民法定的身份信息证明。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第一条规定，公民的出生时间以户籍证明为准。居民身份证系法定的户籍证明，且身份证上记载的出生时间系经当事人申报核实的基础上，由公安机关户籍管理部门登记确认的，依法有效。其二，自1985年《居民身份条例》出台以来，实行居民身份证管理制度已二十余年，其间，如认为身份证上的有关信息，包括出生日期等有误的，可依法定程序向户籍管理机关申请更正。其三，从实事求是的精神出发，如果档案最早记载与其他辅助证明材料（本人出生证、结婚证、子女出生证等）不一致的，应会同所在地户籍登记机关，全面分析其档案材料，查证核实，综合判定。因此，身份证出生日期与档案记载的出生日期不一致时，对退休人员出生日期的认定，应首先进行综合判断加

以认定，在身份证与档案记载完全不一致，且没有其他辅助材料可参考的情形下，才运用最先记载的认定标准。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院　王叶萍

23

国务院2008年集体林权制改革及湖南省岳阳市平江县的一系列法律法规及政策的理解与认识

——何见峰诉平江县人民政府林业行政撤销案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖南省岳阳市中级人民法院（2012）岳中行终字第6号行政判决书

2. 案由：林业行政撤销

3. 当事人：

原告（上诉人）：何见峰

被告（被上诉人）：平江县人民政府

【基本案情】

上世纪80年代，原告何见峰所在龙门镇水平村湾里组分给原告自留山一处。2005年12月31日，原告领到被告颁发的湘林证字［2005］第4306486364号林权证，林权证登记的地方坐落于水平村，小地名为谢家败和长埚里，其中谢家败的四至范围是：东至埚心，南至埚心，西至骑龙分水，北至骑龙分水，面积48亩。长埚里的四至范围是：东至埚心，南至埚心，西至骑龙分水，北至埚心，面积9.5亩。以上两块林地面积合计57.5亩，林地使用期是30年。2009年龙门镇水平村湾里组实施集体林权改革，对该组山林实行第二次承包。该组当时有14户，人口数是60人。经实地勘界，该组山林面积是930亩，2009年11月12日，该组召开村

民代表大会，应到14人，实到14人，同意11人，弃权3人，即三分之二以上成员同意平均分配，即人均15.5亩的林改方案。

另经2009年实地勘界，原告一户4人之前所使用林地面积实为73.5亩，不是57.5亩，按该组林改方案计算应为62亩，故调出山林11.5亩（谢家败顶上，四至范围是：东至埚心，南至山脚，西至骑龙分水，北至骑龙分水，面积11亩）。而本组村民方增桂一户3人原有林地面积是30亩，应进16.5亩，故调给方增桂。其他村民也是依照此法调整的，多的调出，少的调进，该组共调整林地面积141亩。后经组、村、镇层层备案后，被告对此进行了行政确认，并分别颁发了林权证。

【案件焦点】

平江县人民政府颁发平林证字［2010］字第430901344680号林权证，是否将何见锋的合法山林强行划给了方增桂。

【法院裁判要旨】

湖南省岳阳市汨罗市人民法院经审理认为：《中华人民共和国农村土地承包法》是调整整个农村土地承包经营权的法律依据，调整的对象是本集体经济组织的成员，按照我国宪法和法律规定，农村的土地（包括自留地、自留山、宅基地和承包地）除法律规定属于国家所有以外，均属集体所有，农户只享有农村土地使用权。2008年《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》确立了集体林权制度改革的指导思想、基本原则及主要任务。平江县龙门镇水平村湾里组以“大稳小调”为原则，通过三分之二以上本集体经济组织成员的表决确定，对本集体经济组织内部承包山林面积悬殊的林地予以调整，符合我国《农村土地承包法》、《中共中央国务院关于全面推进集体权制度改革的意见》的宗旨，本院应予支持。平林改字［2009］06号文件规定：“2005年换发的林权证均使用至2009年12月31日止，2010年1月1日以后一律以林改确权新发的《林权证》为准”。

汨罗市人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定，作出如下判决：

驳回原告何见锋的诉讼请求。

何见锋持原审起诉意见提起上诉。岳阳市中级人民法院经审理认为：2008年中共中央国务院下发了关于全面推进集体林权制度改革的意见后，湖南省人民政

府、岳阳市人民政府以及平江县人民政府相继下发了关于全面推进集体林权制度改革的实施意见。平林改字［2009］06号文件规定：平江县新一轮林地承包期自2010年1月1日开始，农民原持有的及2005年换发的林权证均使用至2009年12月31日止。平江县龙门镇水平村湾里组根据相关法律、法规及政策的规定，制定了林改实施方案，根据“大稳小调”、“公平平等”的原则，通过本集体经济组织三分之二以上代表同意，对原承包林地进行调整并无不当。平江县人民政府依据林地所有权人的申请，审查了申请人提供的资料，根据国家林业局颁布的《林木和林地权属登记管理办法》的规定，履行登记义务，实施确权行为符合法律规定。上诉人的上诉意见没有事实依据，本院不予采纳。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法，依法应予维持。岳阳市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对2008年《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》的理解和认识的问题，原告认为被告曲解了中央林改政策，原告原有山林所超面积不大，不属应予调整面积的情形，并且原告方没有在村民代表大会表决记录上签字，故被告不应强行划割。被告认为原告所在村民小组的集体林权制度改革实施方案，在制定程序上合法，内容上符合我国法律规定，被告颁发给第三人林权证的行为，是依据林地所有权人的申请而作出的，且被告对现地进行了核对，因此理应准予登记。

值得注意的是，2008年的国务院集体林权制度改革对平江县这个多山林地区的村民利益有很大的触动。在利益面前，村民对该制度的理解和认识产生分歧，这是正常现象，只要在审理案件过程中对当事人进行正确引导，此类纠纷就会越来越少。

编写人：湖南省岳阳市汨罗市人民法院　马雁

24

提供食宿也不能免除外出就餐带来的工伤风险

——春宇电子（吴江）有限公司诉吴江市人力资源和社会保障局社会保障行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省苏州市中级人民法院（2012）苏中行终字第0021号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告（上诉人）：春宇电子（吴江）有限公司

被告（被上诉人）：吴江市人力资源和社会保障局

【基本案情】

被告吴江市人力资源和社会保障局于2011年5月24日作出（江）工伤认字［2011］第01105号工伤认定决定，认定陈敏于2010年11月11日在上班途中发生机动车事故并因此受到伤害，当日经吴江市第一人民医院诊断为盆骨骨折、右侧肋骨骨折、血气胸、肺挫伤、肩胛骨骨折等事实。上述情况经被告调查核实，依据《工伤保险条例》第十四条第（六）项的规定，对陈敏在该事故中受到的伤害认定为工伤。

原告春宇电子（吴江）有限公司诉称，陈敏于2010年9月7日进入原告单位工作，岗位为生产操作工，2010年11月1日向单位书面申请在公司内住宿，经原告同意于2010年11月4日入住原告单位内女生宿舍410房间。事发时陈敏正处于夜班工作，工作时间为晚上8时至次日5时。陈敏于2010年11月11日18时50分左右因私事外出在三里桥用餐后发生交通事故并受伤。因此，被告作出的具体行政行为的事实依据不清，法律依据不足，请求法院依法判决撤销被告对陈敏作出的工

伤认定决定。

被告吴江市人力资源和社会保障局辩称，被告作出的工伤认定决定事实清楚，证据确凿，程序合法。1. 第三人陈敏系原告职工，2010 年 11 月 11 日，第三人在上班途中发生的机动车事故中受伤害，经医院诊断为盆骨骨折、右侧肋骨骨折、血气胸、肺挫伤、肩胛骨骨折等；2. 第三人受伤后，向被告提出工伤认定申请，被告受理后，作出工伤认定受理通知书并进行送达；作出工伤认定限期举证通知书并向原告进行送达。被告于 2011 年 5 月 24 日做出被诉具体行政行为并向各方进行送达，并不违反法定程序；3. 第三人在上班途中因机动车事故受伤，完全符合《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定的情形，被告依此认定工伤适用法律正确；4. 原告在诉状中所述的理由不能成立。综上，请求法院依法维持被告作出的工伤认定决定。

江苏省吴江市人民法院经审理查明，第三人陈敏在发生本案所涉的事故时系原告的职工。2010 年 11 月 11 日 19 时 28 分，陈敏在春宇电子门口上班途中遭遇交通事故受伤，吴江市公安局交通巡逻警察大队认定陈敏对该起交通事故不负责任。第三人受伤后，向被告提出工伤认定申请，被告受理后，作出工伤认定限期举证通知书并向原告进行送达。被告于 2011 年 5 月 24 日做出被诉具体行政行为并向各方进行送达。原告于 2011 年 7 月 22 日向吴江市人民政府提起行政复议，吴江市人民政府于 2011 年 8 月 16 日作出维持被告作出的（江）工伤认字［2011］第 01105 号工伤认定决定的［2011］吴行复第 16 号行政复议决定。原告不服，向法院提起诉讼。

【案件焦点】

用人单位提供食宿能否免除职工外出就餐的工伤风险。

【法院裁判要旨】

江苏省吴江市人民法院经审理认为：依据《工伤保险条例》第五条第二款关于“县级以上地方各级人民政府劳动保障行政部门负责本行政区域内的工伤保险工作”的规定，本案被告作为县级劳动保障行政部门，依法具有对本辖区内的企业职工受伤是否构成工伤进行认定的法定职责。第三人在发生本案所涉的事故时与原告存在劳动关系，双方均无异议；第三人所受到的伤害是非本人主要责任的机动车事故伤害，吴江市公安局交通巡逻警察大队的吴公交认字［2010］第 88240 号道路交

通事故认定书足以证明；第三人在上班途中合理路线遭遇机动车事故，原告虽然提出异议，但不能提供证据予以证实；第三人作为原告职工，在上班途中遭遇非本人主要责任的交通事故，符合《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定的情形，因此被告在工伤认定决定中根据上述规定认定第三人所受的伤害是工伤适用法律正确。第三人受伤后，向被告提出工伤认定申请，被告作出工伤认定限期举证通知书并向原告进行送达。被告于2011年5月24日做出被诉具体行政行为并向各方进行送达。综上，被告作出的（江）工伤认字［2011］第01105号工伤认定决定证据确凿，适用法律、法规正确，并不违反法定程序。

江苏省吴江市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（一）项和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十九条第三款的规定，作出如下判决：

维持被告吴江市人力资源和社会保障局于2011年4月21日作出的（江）工伤认字［2011］第01105号工伤认定决定。

案件受理费人民币50元，由原告负担。

一审宣判后，春宇电子（吴江）有限公司不服，向江苏省苏州市中级人民法院提起上诉。江苏省苏州市中级法院经审理认为，上诉人春宇电子上诉认为陈敏当时并非在上班途中的观点缺乏事实依据，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，证据确凿，适用法律、法规正确，依法应予维持。

江苏省苏州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币50元，由上诉人春宇电子（吴江）有限公司负担。

【法官后语】

关于本案的审理，各方当事人存在主要争议焦点的是用人单位提供食宿能否免除职工外出就餐的工伤风险的问题。一种意见认为单位提供食宿的，职工应当在单位提供的场所就餐，如果擅自外出就餐引起的伤害应当由其自行承担。如果用人单位提供食宿，职工外出就餐住宿还要让用人单位承担职工上下班途中遭遇交通事故受到伤害的工伤风险，将使得企业不愿意提供食宿，对职工权益的保护不利；第二

种意见认为用人单位提供食宿，但不能因此认为职工不能外出就餐，更不能因此否认用人单位应承担职工外出就餐而可能导致的工伤责任。

合议庭同意第二种意见，认为用人单位为职工提供食宿值得鼓励，但不能免除用人单位应承担职工上下班途中交通事故的工伤责任。理由如下：

1. 提供食宿是单位为职工提供的福利，但不意味着职工不能外出住宿和就餐，即使职工因此违反了用人单位的纪律，用人单位可以进行处理，但不能因此而否认用人单位应承担职工外出就餐而引起的工伤责任。因为违反纪律对企业的影响和不认定为工伤对职工的影响严重不成比例，因此即使用人单位提供食宿，职工外出就餐后上班途中遭受非本人主要责任的交通事故也要承担相应的责任。

2. 用人单位提供的餐饮不是24小时的。事发当天，第三人是夜班工作，工作时间为晚上8时至次日5时，而单位通过的餐饮到晚上五点多就结束了，该第三人前一天也是夜班，吃了早饭后一直睡到晚上六点吃了晚饭去上晚班，即第三人要吃饭时单位已经没有晚饭了，而吃饭是人的基本生理需求，第三人外出就餐回来上班应视为上班途中。

3. 第三人所受的伤害认定为工伤符合《工伤保险条例》的立法精神。第三人在原告单位上班，单位为其安排的都是夜班，第三人每天晚上8点上班，工作至第二天早上5点，而单位安排的餐饮分别为早上6点、中午12点和晚上6点。夜班职工通常都早上吃完饭后就到宿舍睡觉到晚上吃饭后上班，而晚饭和晚班之间有两个小时，很多人都宁可多睡一个多小时然后外出就餐，考虑到该职工的实际情况，其在上晚班之前外出吃饭完全合情合理，仅因用人单位已经提供餐饮就否认其能外出就餐对职工显失公平。

编写人：江苏省苏州市吴江区人民法院　秦绪栋

25

融资租赁合同中承租人雇佣的员工工伤的认定

——新余市中达物流有限公司诉新余市人力资源和社会保障局社会保障行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江西省新余市中级人民法院（2012）余行二终字第00062号行政裁定书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告（被上诉人）：新余市中达物流有限公司（以下简称中达物流）

被告（被上诉人）：新余市人力资源和社会保障局（以下简称人保局）

第三人（上诉人）：马秋风

【基本案情】

2009年9月7日，中达物流与张建勇签订了《融资租赁合同》，约定乙方（张建勇）以融资租赁的方式购买甲方（中达物流）的赣K19311/赣K0886挂车辆，租赁期限为合同签订之日至2011年9月30日，乙方在以支付租金的方式付清甲方的全部融资款之前，车辆的所有权属甲方。在中达物流按约定向张建勇交付车辆后，张建勇以个人的名义对外承揽运输业务，并按合同约定每月向中达物流支付租赁费14000元，用于偿付车辆的融资款。2011年2月中旬，张建勇聘请马秋风的儿子贺晔为赣K19311/赣K0886挂车辆的驾驶员，由张建勇每月支付其报酬4000元。2011年4月26日，贺晔驾驶赣K19311/赣K0886挂车辆履行张建勇分派的运输任务时，在105国道南康市龙回高速路口段发生交通事故，并当场死亡。2011年6月7日马秋风向人保局提出工伤认定申请，该局作出余人社伤认字第11300号《工伤认定决定书》，认定贺晔在此次事故中的死亡为工亡。中达物流不服，向新余市人民政府

提起行政复议，新余市人民政府维持了人保局作出的工伤认定决定。中达物流不服，诉至法院，称其与贺晔之间没有用工合同和实际聘用的事实，贺晔由张建勇雇佣，与张建勇形成雇佣关系；张建勇作为赣K19311/赣K0886挂车辆的实际经营车主，具备用工主体资格，中达物流对贺晔的死亡不承担责任，请求法院依法撤销人保局作出的工伤认定决定。中达物流为证明自己的主张，提供了机动车行驶证、机动车信息查询结果单、贺晔的机动车驾驶证、《企业综合信息报告》、《交通事故认定书》、《融资租赁合同》、《企业法人营业执照》各一份，并申请证人张建勇出庭作证。人保局认为，张建勇不是赣K19311/赣K0886挂车辆的合法经营主体，不具备用工主体资格；中达物流作为赣K19311/赣K0886挂车辆的所有权人和营运主体，根据劳社部发（2005）12号文件第4条的规定，应承担贺晔的用工主体责任，请求法院维持其作出的工伤认定。马秋风称，贺晔与中达物流存在劳动关系，人保局依法认定贺晔的死亡为工亡的工伤认定程序合法，请求驳回中达物流的诉讼请求。

【案件焦点】

1. 张建勇聘用的司机贺晔与中达物流之间是否形成事实劳动关系；2. 劳社部发（2005）12号文件第4条有关劳动关系的认定规定在本案中是否适用。

【法院裁判要旨】

新余市渝水区人民法院经审理认为：张建勇与中达物流签订的《融资租赁合同》合法有效，双方形成融资租赁法律关系。张建勇对外以个人名义独自开展业务，独立经营，独自结算，自负盈亏，与中达物流之间不存在挂靠经营关系。根据劳动和社会保障部（现人力资源和社会保障部）颁布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条的规定："即建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任"，因本案不存在将工程（业务）或经营权发包的事实，中达物流与张建勇之间只是车辆使用权的转移，不存在车辆经营权的发包与承包的关系，该条款在本案中不予适用。因此，人保局于2011年12月12日作出的余人社伤认字第11300号《工伤认定决定书》认定的事实不清，适用法律、法规错误，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第十一条、第三十

八条、第五十四条第二款的规定，判决如下：

撤销新余市人力资源和社会保障局于2011年12月12日作出的余人社伤认字第11300号工伤认定决定。

马秋风认为中达物流与贺晔之间形成事实劳动关系，构成工伤，提起上诉。二审期间，马秋风与中达物流达成调解，中达物流撤诉。

【法官后语】

此类案件处理的难点在于，融资租赁关系中，承租人雇佣的员工与出租人的关系如何定性，及对劳动和社会保障部（现人力资源和社会保障部）颁布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条的规定如何理解适用。

1. 融资租赁关系中，出租人与承租人的权利义务。融资租赁法律关系中，出卖人向承租人负租赁物的瑕疵担保责任，承租人向出租人支付租金且享有对租赁物的占有、使用、收益的权利。通过融资租赁的方式，出租人根据承租人的选择购买租赁物并提供给承租人使用，承租人支付相应的租金，这样不仅能使出租人达到投资收益的目的，也使承租人能在当期或近期以远远低于租赁物价款的租金取得租赁物的使用权，从而解决资金短缺的窘境，这也是现代的一种营销方式。在本案中，出租人与出卖人为同一人即中达物流，承租人为案外人张建勇，作为出卖人与出租人，中达物流有义务按照合同约定提供张建勇需要的租赁物即车辆，并保证车辆车况良好。而张建勇之所以通过融资租赁的方式也是想获得车辆的使用权来盈利。因此，在出租人中达物流保留车辆所有权的情况下，还应为张建勇办理车辆能安全、有效行驶并依法开展货运业务的许可证、营运证等手续。承租人在取得车辆使用权的前提下，应该按照约定按时按量地向承租人支付融资款。

2. 融资租赁关系中，承租人雇佣的员工与出租人的关系。在融资租赁关系中，承租人雇佣的员工与出租人是否形成事实劳动关系，关键在于出租人与承租人之间是否存在挂靠经营关系。本案中，中达物流与张建勇之间形成融资租赁关系。张建勇在中达物流向其交付租赁车辆后，以个人名义对外承揽运输业务，未与中达物流发生业务往来，并在按合同约定每月向中达物流支付租赁费外，未支付如管理费等其他费用。因此，张建勇是以个人名义独自对外开展业务，独立管理、独自结算，与中达物流不存在承包或挂靠经营关系。而贺晔由张建勇直接聘用，并由张建勇支

付其报酬，双方形成雇佣关系。由于中达物流与张建勇之间不存在承包或挂靠经营关系，所以贺晔与中达物流之间不存在事实劳动关系。因此，认定贺晔的死亡为工亡的基础不存在。

3. 劳动和社会保障部（现人力资源和社会保障部）《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条的适用范围。劳动和社会保障部颁布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条的规定，是针对建筑施工、矿山企业类劳动密集、事故多发的行业，为了更有效地保护劳动者的利益而做出的特别规定，此处的“等”是列举的性质，而非兜底性条款，其他行业的劳动关系不能套用此条款。且对建筑施工、矿山企业作出此类特别的规定，有其他法律相印证。笔者认为，汽车的营运证，是投入运输的车辆必须配发的车辆营运证，是从事道路运输经营活动的车辆的合法凭证，《道路运输条例》第三十四条规定，道路运输车辆应当随车携带车辆营运证，不得转让、出租。可见，营运证是随着车辆流转。本案中，在承租人张建勇未付清全部购车款前，所有权由出租人中达物流享有，办理车辆的营运证必须由中达物流协助。且根据融资租赁合同的性质，中达物流转移给张建勇的只是车辆的使用权，而不是车辆的经营权。因此，劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条的规定，在本案中不适用。

综上，融资租赁法律关系中，承租人以个人名义对外承揽业务，自我管理，其聘用的员工与出租人之间不形成事实劳动关系。劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条的规定只适用于建筑施工、矿山企业两类行业，不能扩大适用到其他行业。此种情况下，职工在车辆运营中伤亡的，不能按照《工伤保险条例》等规定认定为工伤。

编写人：江西省新余市渝水区人民法院　贺婧

26

工伤认定过程中用人单位的举证责任问题

——厦门海新锡工贸有限公司诉厦门市人力资源和社会保障局社会保障行政确认案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院(2012)厦行终字第142号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告：厦门海新锡工贸有限公司

被告：厦门市人力资源和社会保障局

【基本案情】

2011年6月12日，张权辉进入厦门海新锡工贸有限公司，从事搬运工作。2011年7月4日，张权辉驾驶闽二轮摩托车从厦门市海沧区的住处出发前往厦门市新益丰石化经销有限公司大坪山仓库，张权辉随身携带了带给朋友张文勇的新鲜龙眼。在行驶路途中，张权辉被案外人驾驶的普通货车撞上，造成双方车辆损坏及张权辉受伤的交通事故。2012年1月6日，张权辉向厦门市人力资源和社会保障局提出工伤认定申请，厦门市人力资源和社会保障局审查后受理了该工伤认定申请，确认张权辉所受的伤害为工伤。厦门海新锡工贸有限公司认为，张权辉系在给朋友送龙眼干的过程中发生交通事故，与上班没有关系。且事故发生时间是上午7：15，上班时间为早上8：30，不是上班时间也不是在上班途中。厦门海新锡工贸有限公司向厦门市人民政府提起行政复议。厦门市人民政府维持工伤认定。厦门海新锡工贸有限公司遂向法院起诉，请求撤销被告厦门市人力资源和社会保障局作出的厦门市职工工伤与职业病认定书。

【案件焦点】

用人单位不认为是工伤，但未提供相反证据予以佐证的，社会保障行政部门是否能因此径行推定工伤成立。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：第三人发生交通事故受到伤害时是否系上班途中是本案审理的焦点和关键问题。鉴于第三人系跟车搬运工的工作性质，其工作时间和工作地点并不固定，应根据工作需要而加以确定。因此，认定第三人发生交通事故时是否系上班途中，首先须确定第三人当天上午的工作事项和工作地点。被告认定第三人系在上班途中的依据是第三人本人的陈述及张文勇的证言。第三人陈述，其按前一天晚上原告司机施春雨的指派，当天上午需到厦门市新益丰石化经销有限公司大坪山仓库装货。对当事人本人的陈述，需有相关证据相印证，才能作为认定的事实。本案第三人的陈述仅有张文勇的证言予以佐证。根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第七十一条第（二）项的规定，张文勇系第三人的朋友，且发生交通事故时第三人随身携带的龙眼是带给张文勇的，因此，张文勇的证言不能单独作为定案依据。

《工伤保险条例》第十九条第二款规定："职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。"但《工伤保险条例》第十九条第一款同时规定，社会保障行政部门受理工伤认定申请后，根据审核需要可以对事故伤害进行调查核实。因此，用人单位的举证责任并不免除社会保障行政部门的调查核实职责。换言之，社会保障行政部门只有在证据确凿的前提下，才能作出确认工伤的认定；在证据不足的情况下，即使用人单位没有举证，也不能据此作出确认工伤的认定。本案中，被告仅凭第三人本人的陈述及其朋友张文勇的证言，即认定第三人发生交通事故受到伤害时系在上班途中，显然证据不足。

福建省厦门市思明区人民法院作出如下判决：

撤销被告厦门市人力资源和社会保障局于2012年3月6日作出的2012030122号厦门市职工工伤与职业病认定。

第三人张权辉不服一审判决提起上诉。福建省厦门市中院人民法院经审理认为：交通事故发生当时，张权辉是否在上班途中，从本案现有证据看，只有张权辉的陈述和张文勇的证词，无其他相关人员的陈述和相关单位的说法，现有证据还不

足以证明张权辉发生交通事故时系在上班途中，因此，原审判决在查明事实的基础上，认为只有“张文勇的证言不能单独作为定案依据”的认定，并无不当。但原审判决在撤销厦门市人力资源和社会保障局的工伤认定的同时，未能责令行政机关重新作出具体行政行为不妥，应予更正。

福建省厦门市中级人民法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（二）项、第五十四条第（二）项第1目，《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十九条第（一）项之规定，作出如下判决：

一、维持厦门市思明区人民法院（2012）思行初字第114号行政判决，即撤销厦门市人力资源和社会保障局2012030122号《厦门市职工工伤与职业病认定书》；

二、责令厦门市人力资源和社会保障局于本判决生效之日起六十日内重新作出具体行政行为。

【法官后语】

本案涉及工伤认定中的举证责任承担问题，审理的关键在于如何理解用人单位举证责任的法律后果，即社会保障行政部门能否因为用人单位没有出示相反证据进而推定工伤成立。就本案而言，事实认定方面的争议焦点就在于第三人发生交通事故受到伤害时是否系在上班途中。由于本案第三人系跟车搬运工的工作性质，其工作时间和工作地点并不固定，应根据工作需要而加以确定。因此，认定第三人发生交通事故时是否系在上班途中，首先须确定第三人当天上午的工作事项和工作地点。被告认定第三人系在上班途中的依据是第三人本人的陈述及张文勇的证言，并无其他相关证据相印证。同时，张文勇系第三人的朋友，且发生交通事故时第三人随身携带的龙眼是带给张文勇的，因此，张文勇的证言不能单独作为定案依据。此案也反映出，在工伤认定中，与劳动者相比，用人单位固然具有相对的举证优势，但社会保障行政部门作为行政职能部门，其依职权调查形成的证据，证明力当然高于用人单位提供的证据。因此，工伤认定的举证责任分配中，一方面要体现出社会法的理念，另一方面，也不能无限制地将举证责任完全附加于用人单位。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院　王叶萍　胡婷婷

27

结婚登记审查不慎违法颁证被判撤销

——白清坚诉安溪县民政局民政行政登记案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省泉州市安溪县人民法院（2012）安行初字第4号行政判决书

2. 案由：民政行政登记

3. 当事人

原告：白清坚

被告：安溪县民政局

【基本案情】

2004年3月15日，原告白清坚与自称“翁方靖”的女子到被告所在的婚姻登记处办理结婚登记，被告于当日向白清坚及“翁方靖”颁发闽安婚结字第（2004）02295号结婚证书。“翁方靖”用于婚姻登记的身份证号码经广西壮族自治区贺州市公安局确认为男性所有。由于被告没有对“翁方靖”出具的证件进行认真审查，导致原告与提供虚假户口本、身份证的“翁方靖”进行婚姻登记。婚后不到一个月，“翁方靖”就离家出走，不知去向，原告转而向法院起离婚，因无法提供女子“翁方靖”的真实身份，只好申请撤诉。由于和“翁方靖”没有解除婚姻关系，原告名义上仍是有妇之夫，无奈原告向安溪县民政局提出申请，请求该局撤销颁发给他和“翁方靖”的结婚证。但民政局审查后认为，原告要求撤销结婚证所提出的理由并非《婚姻登记条例》规定的法定事由，答复其不能办理。原告向法院提起行政诉讼，请求法院判决撤销民政局颁发给他和“翁方靖”的闽安婚结字第（2004）02295号结婚证。

【案件焦点】

1. 原告能否依据错误的婚姻登记向法院提起无效婚姻或可撤销婚姻的民事诉讼；2. 被告能否依据原告的申请自行撤销其错误颁发的结婚证书。

【法院裁判要旨】

福建省泉州市安溪县人民法院经审理认为：婚姻登记属于行政确认行为。行政确认是指行政机关和法定授权的组织依照法定权限和程序对有关法律事实进行甄别，通过确定、证明等方式决定行政相对人是否具有某种法律地位的行政行为。行政主体在进行行政确认时，须严格按照法律规定和相应的规范进行操作，并尊重客观事实，做到以事实为根据，以法律为准绳。行政确认行为的合法性审查具体包括以下五点：一、行政机关是否依法进行一致性审查；二、行政机关对确认申请的处理是否符合当时的法律规定；三、行政机关是否遗漏重要步骤；四、行政机关是否达到审慎合理的注意程度；五、行政机关是否充分利用了当时的技术条件。被告安溪县民政局作为婚姻登记机关，在办理结婚登记时应依法进行一致性审查。自称"翁方靖"的女子用假身份证、户口簿申请登记，被告安溪县民政局未审查核实就颁发了结婚证，该颁证行为错误，应当认定被告未尽审核职责，办证中未能达到审慎合理的注意程度。被告安溪县民政局根据自称"翁方靖"的女子提交的虚假身份证明向原告白清坚及"翁方靖"颁发结婚证，该婚姻登记的依据不足、事实不清，应予撤销。对于原告白清坚请求撤销被告安溪县民政局于2004年3月15日颁发的闽安婚结字第（2004）02295号结婚证的诉讼请求，应予支持。

福建省安溪县人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1目之规定，作出如下判决：

撤销被告安溪县民政局于2004年3月15日颁发的闽安婚结字第（2004）02295号结婚证。

【法官后语】

本案涉及三个问题：

1. 原告能否提起无效婚姻或可撤销婚姻的民事诉讼。

依据《婚姻法》第十条的规定，婚姻无效的情形只限于"重婚的；有禁止结婚的亲属关系的；婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；未达

到法定婚龄的”四类；本法第十一条规定：“因胁迫结婚的，受胁迫一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。”可见，我国婚姻法对无效婚姻和可撤销婚姻的法定事由作了明确规定，不能随意进行扩大解释，本案女子提供虚假证明致使原告受欺骗并与之办理结婚登记，不同于受胁迫也不符合婚姻无效的情形，故本案原告不能提起无效婚姻或可撤销婚姻的民事诉讼。

2. 民政局能否依原告的申请自行撤销其错误的登记行为。

对于因提供虚假证件或其他原因导致婚姻登记错误的问题，1994 年颁布实施的《婚姻登记管理条例》第二十五条规定：申请婚姻登记的当事人弄虚作假，骗取结婚登记的，婚姻登记机关应当撤销婚姻登记，对结婚、复婚的当事人宣布其婚姻无效并收回结婚证，对离婚的当事人宣布其解除婚姻关系无效并收回离婚证。由于婚姻登记关系家庭和社会的稳定，如果按照上述规定婚姻登记机关可以通过行政程序自行变更或撤销，则有损于婚姻登记的严肃性、权威性和公共性，也容易使婚姻登记机关不尽严格审查义务，为一些人规避法律提供可乘之机。为此，2003 年颁布实施的《婚姻登记条例》取消了上述内容的规定，除受胁迫结婚之外，以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，婚姻登记机关均不予受理，因此本案被告不受理原告撤销婚姻登记的申请的做法是正确的。

3. 本案应适用行政诉讼程序处理的理由和依据。

婚姻登记是婚姻登记机关依法确立或者终止当事人之间婚姻关系的具体行政行为，从性质上讲，婚姻登记属于行政确认行为，即行政机关依照法定程序和双方当事人的申请认定当事人之间是否存在婚姻关系。当事人办理结婚登记并领取结婚证，即意味着他们之间的婚姻关系得到了法律的认可和保护，他人必须承认并尊重他们的婚姻关系。《行政诉讼法》第十一条规定：“人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：……（八）认为行政机关侵犯其人身权、财产权的……”。本案的婚姻登记机关将虚拟的女性“翁方靖”与原告登记成夫妻关系，侵犯了原告与她人缔结新的合法婚姻的权利，符合行政诉讼第十一条的规定，属于行政诉讼的受案范围。《婚姻登记条例》第七条规定：“婚姻登记机关应当对结婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况。对当事人符合结婚条件的，应当当场予以登记，发给结婚证……”。可见，对要求结婚的双方当事人进行审查尤其是身份真实性、合法性的审查是婚姻登记机关必须履行的义

务。由于办理婚姻登记的工作人员未认真履行审查义务，导致婚姻登记错误。依据《行政诉讼法》第五十四条的规定，据以作出具体行政行为的主要证据不足的，人民法院可以判决撤销，而本案中据以作出具体行政行为的主要证据是虚假的，就更应该判决撤销。

综上，本案原告不能提起民事诉讼，被告也不能自行撤销其颁发的结婚登记，而只能由原告提起行政诉讼，由法院判决撤销。

编写人：福建省泉州市安溪县人民法院　刘雅芬　黄月治

28

不符合法律规定的婚姻登记具体行政行为是否应当一概判决撤销

——陈传云诉湖北省丹江口市土台乡人民政府民政婚姻行政登记案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省丹江口市人民法院（2012）鄂丹江口行初字第 00308 号行政判决书

2. 案由：民政行政登记

3. 当事人

原告：陈传云

被告：湖北省丹江口市土台乡人民政府

【基本案情】

原告陈传云与第三人陈红云系姐妹，2005 年 9 月 29 日，第三人陈红云以原告陈传云的名字与第三人王海兵在被告处登记结婚，第三人陈红云提供了陈传云的户口本和身份证，被告丹江口市土台乡政府当天为第三人陈红云和王海兵颁发了结婚证，结婚证上持证人姓名为陈传云和王海兵，身份证号码为陈传云的身份证号码。

2007年，被告丹江口市土台乡政府在第三人陈红云和王海兵的结婚证上，用笔将持证人陈传云的“传”字改为“红”字，并加盖了公章，但身份证号码仍然是陈传云的身份证号码。2000年3月3日，原告陈传云与案外人郑华东在丹江口市土台乡政府结婚登记。陈传云和郑华东离婚后到民政部门欲进行再婚登记时，发现在民政部门档案中自己名下的婚姻登记记录为已婚，系第三人陈红云冒用原告陈传云的名字登记结婚，原告陈传云不能再进行婚姻登记。

原告陈传云诉称：2012年9月，我到丹江口市民政局办理结婚登记时，得知2005年9月29日，我胞妹陈红云冒用我的身份信息与第三人王海兵在被告处办理了婚姻登记并领取了结婚证，造成我不能办理婚姻登记，要求依法撤销被告为第三人王海兵、陈红云颁发的婚姻登记。并提供了以下证据：1. 原告公民身份证。证明了原告的诉讼主体资格；2. 丹江口市土台乡于2012年9月13日出具的两份证明。证明了原告曾与郑华东结婚，现已离婚；原告陈传云和第三人陈红云是双胞胎。

被告丹江口市土台乡人民政府辩称：2005年，由于婚姻登记网络化建设不健全，原告妹妹陈红云以姐姐陈传云的身份和王海兵在我乡办理婚姻登记，该婚姻登记应予撤销。

第三人王海兵诉称：2005年9月29日，我和陈红云结婚时，陈红云以陈传云的名义登记，陈红云的身份信息都是其父提供的，2007年我知道情况后，将结婚证上陈传云的名字改为陈红云，我是受骗者，被告有审查不严的责任，陈红云和陈传云不是双胞胎，如果要撤销婚姻登记，要求陈传云的父亲赔偿我的各项损失，我与陈红云婚姻登记合法，不同意撤销。第三人提供了结婚证，证明2005年9月29日，第三人陈红云以陈传云的名义和第三人王海兵登记结婚。

第三人陈红云未到庭参加诉讼，未进行答辩。

【案件焦点】

对婚姻登记行政行为的司法审查标准及在行政诉讼中，若通过司法审查确实发现婚姻登记具体行政行为不符合法律规定，是否应当一概判决撤销。

【法院裁判要旨】

湖北省丹江口市人民法院经审理认为：婚姻登记属于行政诉讼受案范围，被告

丹江口市土台乡政府作为依法具有婚姻登记行政职能的行政机关，在为公民办理婚姻登记时，负有审查核实职责。本案中，第三人陈红云冒用原告陈传云的身份信息与第三人王海兵进行婚姻登记，被告丹江口市土台乡政府对身份信息未进行严格审查和核对，导致错误地办理了结婚登记，后又进行涂改，故被告丹江口市土台乡人民政府作出具体行政行为的主要依据不足，主要事实不清，应予撤销。所以，原告陈传云起诉要求撤销婚姻登记的理由成立，本院予以支持。第三人王海兵辩称如果撤销婚姻登记，要求第三人陈红云的父亲赔偿损失，不属本案审理范围，第三人王海兵辩称与第三人陈红云结婚合法，不同意撤销婚姻登记的理由亦不能成立，本院不予支持。

湖北省丹江口市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第一款第（二）项第1目之规定，作出如下判决：

撤销被告丹江口市土台乡人民政府于2005年9月29日颁发的婚姻登记；

案件受理费50元，由被告丹江口市土台乡人民政府负担。

【法官后语】

1. 对婚姻登记行政行为的司法审查标准。

《婚姻登记条例》第七条规定，婚姻登记机关应当对结婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况。对当事人符合结婚条件的，应当当场予以登记，发给结婚证；对当事人不符合结婚条件不予登记的，应当向当事人说明理由。具体包括：①当事人出具的证件、证明材料是否真实、完备，符合法定要求；证件的内容是否与当事人本人的情况完全相符；证件是否有伪造、涂改或冒名顶替等情况。②审查当事人双方是否都符合法定的结婚条件，包括男女双方是否完全自愿；是否达到法定婚龄；是否已有配偶；有无违反一定范围内的亲属禁止结婚的规定；有无禁止结婚的疾病等。婚姻登记机关对当事人的结婚申请进行审查后，对符合结婚条件的，应当场予以登记。登记是婚姻登记机关对当事人结婚申请的合法性加以确认后，进行正式地登录和记载，签发结婚证的行为。对离过婚的当事人，婚姻登记机关予以登记时，应当注销其离婚证。当事人从取得结婚证时起，确立夫妻关系。民政部门对婚姻登记申请的审查形式主要由审核材料和询问情况两部分组成。

本案属民政婚姻行政登记纠纷。婚姻登记纠纷属于行政诉讼受案范围，被告丹江口市土台乡政府作为依法具有婚姻登记行政职能的行政机关，在为公民办理婚姻登记时，负有审查核实职责。行政诉讼司法审查本质上是一种在行政审查基础上进行的复审。婚姻登记机关对结婚登记申请的审查方式，将直接影响行政诉讼中对婚姻登记具体行政行为合法性审查的范围和标准。因此，司法机关在对婚姻登记具体行政行为进行合法性审查时也应当以上述规定和要求作为依据和标准，从婚姻登记机关所作婚姻登记具体行政行为的职权依据、法律依据、事实认定和执法程序等方面展开审查。

本案中，第三人陈红云冒用原告陈传云的身份信息与第三人王海兵进行婚姻登记，被告丹江口市土台乡政府对身份信息未尽到严格审查和核对义务，事实认定错误，导致错误地办理了结婚登记，后又进行涂改，故被告丹江口市土台乡人民政府作出具体行政行为的主要依据不足，主要事实不清。所以，原告陈传云起诉要求撤销婚姻登记的理由成立。

2. 对于不符合法律规定的婚姻登记具体行政行为应慎用撤销判决。

在行政诉讼中，若通过司法审查确实发现婚姻登记具体行政行为不符合法律规定，是否应当一概判决撤销该具体行政行为。我们认为并不尽然。对于存在因胁迫而缔结婚姻关系的婚姻登记具体行政行为，应当判决撤销；而对于登记程序不符合法律规定的婚姻登记具体行政行为，可以判决婚姻登记机关作出的结婚登记具体行政行为违法，同时责令婚姻登记机关采取补救措施进行补正或重新确认。这主要是因为在结婚双方意愿真实的前提下，如果以婚姻登记违反法定程序为由撤销婚姻登记行为，受损害的往往是婚姻当事人自己。本案中，第三人陈红云以原告陈传云的名字与第三人王海兵在被告处登记结婚，第三人陈红云提供了陈传云的户口本和身份证，被告丹江口市土台乡政府当天为第三人陈红云和王海兵颁发了结婚证，属于审核不严的程序瑕疵，而事实上，陈红云和王海兵已构成事实婚姻，且已组建家庭，若法院断然判决撤销婚姻登记，不利于家庭的稳定、社会的和谐。与设定婚姻登记程序的本意不符，也有悖于《婚姻法》重实质的立法精神。法院完全可以判决土台乡人民政府作出的结婚登记具体行政行为违法，同时责令婚姻登记机关重新确认陈红云和王海兵的婚姻关系；并采取补救措施，认定陈传云符合再婚条件，以充分保障其结婚的权利和自由。这是完全可以做到的。婚姻登记错误并不一定导致婚

姻关系的无效或被撤销。关键是应当把握婚姻关系的实质要件，即双方当事人登记结婚是否属其真实意愿，是否符合法定结婚条件。若具备实质条件，则婚姻关系就是有效的。即使婚姻登记具体行政行为在程序上不符合法律规定，也不必然导致婚姻关系无效或被撤销。因此，对于因婚姻登记不符合法律规定造成的行政确认不当或错误，并不能一概判决撤销。

编写人：湖北省丹江口市人民法院　熊飞

29

初始登记与转移登记的认定

——周旭诉天津市国土资源和房屋管理局房屋产权登记案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

天津市滨海新区人民法院（2012）滨港行初字第1号行政判决书

2. 案由：房屋行政登记

3. 当事人

原告：周旭

被告：天津市国土资源和房屋管理局

【基本案情】

原告周旭于2008年4月14日与第三人天津开发区中天物业发展有限公司签订商品房买卖合同，购买了位于天津市滨海新区大港东环路中天大厦的房屋一套，并于2009年9月17日与第三人及第三人工作人员马会影签订委托书，委托办理所购房屋产权证。

被告天津市国土资源和房屋管理局在为第三人天津开发区中天物业发展有限公司办理所有权初始登记后，委托天津市滨海新区大港管委会住房保障和房屋管理局为原告办理房屋产权证。根据原告及第三人的申请，按照《天津市房屋权属登记条

例》和《天津市房屋权属登记规范》的相关规定和程序，天津市滨海新区大港管委会住房保障和房屋管理局于2009年9月22日为原告周旭核发了房产证。原告周旭的委托代理人周小华领取了诉争房屋的产权证。

【案件焦点】

房屋初始登记与房屋转移登记行为均由房屋权属登记机关作出，但是两者属于不同的具体行政行为，如何准确区分认定该两种行政行为。

【法院裁判要旨】

天津市滨海新区人民法院经审理认为：原告周旭的诉讼请求直接涉及被告天津市国土资源和房屋管理局办理转移登记的行为，故本案审理的是被告天津市国土资源和房屋管理局依据原告周旭及第三人天津开发区中天物业发展有限公司的申请为原告周旭办理转移登记并核发房屋产权证的行为。该行为与第三人按照相关规定申请办理初始登记行为虽系由同一主体作出，但确属不同的具体行政行为。原告对第三人办理初始登记的申请材料中缺少第三人的竣工验收材料存有异议，与本案属于不同具体行政行为，应当另行起诉。对于原告主张的第三人未经竣工验收即申请办理产权登记，该主张属于被告依申请向第三人作出初始登记具体行政行为的范畴，与本案不属同一法律关系的意见，本院不予支持。被告依申请向原告周旭作出转移登记并向原告发放房屋产权证的具体行政行为，事实清楚、程序合法、适用法律正确。

天津市滨海新区人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定，作出如下判决：

驳回原告周旭的诉讼请求。

【法官后语】

房屋所有权登记包括初始登记、转移登记、变更登记和注销登记。根据房屋买卖和使用的不同阶段，应进行不同形式的登记。申请房屋权属登记，申请人应当向房屋权属登记机关提交有关登记文件。不同形式的房屋登记，其所需要提交的登记文件也不尽相同。房地产开发企业在开发建设的商品房竣工验收后，应当向房屋权属登记机关提出申请，取得初始登记。在取得初始登记后，因为商品房买卖的原

因，房地产开发企业与商品房买受人应当共同向房屋权属登记机关提出房屋转移登记的申请，商品房买受人取得相应合格的房屋产权证。应该说，尽管房屋初始登记与房屋转移登记行为都是由房屋权属登记机关作出，但是两者为不同的法律关系，属于不同的具体行政行为。

本案所涉及的房屋转移登记属于依申请的具体行政行为，是国家行政机关以行政相对人的申请为前提，向行政相对人作出的授益性行政行为。当事人提出房屋转移登记的申请，提交符合法律规定的相应审查文件，房屋权属登记机关的审核符合法定程序，依法作出予以转移登记并向申请人颁发房屋产权证书的具体行政行为，该行政行为应当具有拘束力与公信力。人民法院通过对被诉具体行政行为进行全面审查，厘清不同形式房屋登记的法律关系，正确处理房屋初始登记与转移登记的关系，认定房屋初始登记与转移登记为不同的法律关系，最终驳回原告诉讼请求，维护了行政机关的执法形象与公信力，同时为行政审判中具体行政行为的审查提供了宝贵经验。

编写人：天津市滨海新区人民法院　乜泓　陈元

30

法院能否直接撤销人民政府颁发的农村土地承包经营权证

——高水珍诉武汉市黄陂区人民政府土地行政登记案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省武汉市中级人民法院（2012）鄂武汉中行终字第00071号行政判决书

2. 案由：土地行政登记

3. 当事人

原告：高水珍

被告：武汉市黄陂区人民政府

【基本案情】

原告高水珍与高从春系堂兄妹关系。在第一轮农村土地承包时，原告家庭承包了白水湖村土地6.46亩。1988年，原告父母离异，原告的妹妹随其母生活，母亲改嫁他乡。1989年，原告之父去世，原告随其大伯高正焱一家共同生活，户口也登记在一起。1995年原告初中毕业后外出打工，期间很少回家。1998年农村土地实行二轮延包时，白水湖村委会因无法与原告取得联系，便将原告家原承包的土地调整到原告大伯高正焱名下。2002年高正焱去世。2005年，武汉市黄陂区开始二轮农村土地承包经营权的换证工作，白水湖村委会将原告家庭原承包的6.46亩土地发包给以高正焱之子高从春为代表的农户承包（原告作为家庭成员之一），并签订了《农村土地承包合同》，承包期限为30年（1998年1月1日至2028年1月1日止）。同年8月黄陂区政府根据黄陂区三里镇人政府及黄陂区经管局报送的材料——"土地承包合同"和"土地承包经营权登记簿"向第三人高从春农户颁发了陂农地承包权（2005）第578号农村土地承包经营权证。原告家第一轮承包的土地合并在该经营权证上。

另查明：原告于2003年9月22日在白水湖村单独立户，2004年与大悟县青年鲍德涛结婚，并落户白水湖村。因原告高水珍在白水湖村一直未实际取得土地承包经营权，故自2009年起一直向政府部门申请解决，均无果而诉至本院，请求依法撤销黄陂区政府向第三人高从春农户颁发的农村土地承包经营权证。

【案件焦点】

法院能否直接撤销人民政府颁发的农村土地承包经营权证。

【法院裁判要旨】

湖北省武汉市黄陂区人民法院经审理认为：根据《中华人民共和国农村土地承包法》第三条、第四条、第十四条第（一）项、第十五条、第二十条、第二十二条、第二十六条、第三十五条的规定，农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。国家依法保护农村土地承包关系的长期稳定，耕地的承包期为三十年不变。发包方应维护承包方的土地承包经营权，不得非法变更、解除承包合同。承包合同自成立之日起生效。承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权。承包期内，发包方不得收回承包地。发包

方不得单方解除承包合同。1983年农村土地实行第一轮承包期间，原告高水珍家庭取得了白水湖村6.46亩土地的承包经营权，在其父去世、其母改嫁、2003年单独立户后，原告高水珍作为家庭成员有权继续承包其家庭原承包的土地。但白水湖村委会在2005年的农村土地承包经营权二轮延包中将属于原告高水珍家原承包的6.46亩土地发包给第三人高从春为代表的农户，并签订《农村土地承包合同》，违反了上述法律规定，该土地承包合同不能作为被告黄陂区政府颁发陂农地承包权（2005）第578号《农村土地承包经营权证》并进行土地承包经营权登记的依据。被告黄陂区政府据此进行土地承包经营权登记，颁发陂农地承包权（2005）第578号《农村土地承包经营权证》，属事实不清、证据不足。现原告高水珍要求依法撤销被告黄陂区政府向第三人高从春为代表的农户颁发的土地经营权证的诉讼请求，符合法律规定，本院予以支持。

武汉市黄陂区人民法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1目及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十九条第三款之规定，作出如下判决：

撤销武汉市黄陂区人民政府给第三人高从春为代表的农户颁发的编号为陂农地承包权（2005）第578号《农村土地承包经营权证》。

第三人高从春农户不服一审判决，向武汉市中级人民法院提起上诉。武汉市中级人民法院经审理认为：原审判决认定主要事实清楚，适用法律正确，程序合法。应予维持。作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1. 本案系由农村承包合同纠纷引发的土地承包经营权证登记纠纷。根据《农村土地承包法》的规定，国家保护集体土地所有者的合法权益，保护承包方的土地承包经营权，任何组织和个人不得侵犯他人合法拥有的土地承包经营权。因土地承包经营发生纠纷的，双方当事人可以协商解决，也可以请求村民委员会、乡（镇）人民人民政府调解解决。当事人不愿协商、调解或者协商、调解不成的，可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁，也可以直接向人民法院提起民事诉讼。《农村土地承包法》第二十三条规定："乡级以上人民政府应当向承包方颁发土地承包经营权证或者林权证书，并登记造册，确认土地承包经营权。"农业部颁布的《农村土地

承包经营权证管理办法》对土地承包经营权证的申请、初审、审核、登记、发放等程序和权限都作了明确、具体的规定。因此，土地承包当事人对相关人民政府关于土地承包经营权证的审查、登记、发放、收回、注销等行政行为有异议而向法院起诉的，人民法院应按行政案件受理和审理。但人民政府的颁证行为系以承包合同为基础。根据最高人民法院的指导精神，对行政机关据以颁证的合同持有异议，应先行提起民事诉讼，确认据以颁证行为的合同是否合法有效，尔后方能提起行政诉讼，解决颁证行为的合法性。就本案而言，原告高水珍应先行提起民事诉讼，确认第三人高从春农户与第三人白水湖村委会签订的农村承包合同是否有效，后提起行政诉讼，撤销黄陂区人民政府给第三人颁发的农村土地承包经营权证及登记行为。本案中，在原告高水珍未先行提起民事诉讼就直接提起行政诉讼：要求撤销黄陂区人民政府的颁证行为的情况下，为了减少当事人的诉累，法院在审查黄陂区人民政府的颁证行为前，根据《农村土地承包法》的规定，先行审查了第三人白水湖村委会和第三人高从春为代表的农户签订的农村土地承包合同的合法性、有效性。在确认上述合同无效的情况下，本院依法确认黄陂区人民政府给第三人高从春农户颁发农村土地承包经营权证的行为缺乏事实依据，进而撤销其颁发的经营权证。本院在审理行政行为时一并解决了当事人的民事纠纷，是一次大胆的尝试，但也符合相关法律规定，更重要的是减少了当事人的诉累。该行为也得到上级法院的认可。

2. 高水珍要求继续承包其家庭原承包的农村土地，并非基于继承法律关系。根据《农村土地承包法》第十五条的规定，农村土地家庭承包，承包方是本集体经济组织的农户，其本质特征是以本集体经济组织内部的农户家庭为单位实行农村土地承包经营。家庭承包方式的农村土地承包经营权属于农户家庭，而不属于某一个家庭成员。根据《继承法》第三条的规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。农村土地承包经营权不属于个人财产，故不发生继承问题。除林地外的家庭承包，当承包农地的农户家庭中的一人或几人死亡，承包经营仍然是以户为单位，承包地仍由该农户的其他家庭成员继续承包经营；当承包经营农户家庭的成员全部死亡，由于承包经营权的取得是以集体成员权为基础，因此该土地承包经营权归于消灭，不能由该农户家庭成员的继承人继续承包经营，更不能作为该农户家庭成员的遗产处理。

编写人：湖北省武汉市黄陂区人民法院　刘宝丽

31

第三人购买房屋并依法办理转移登记后可否以初始登记错误为由撤销转移登记

——熊成章诉湖北省郧西县房地产管理局房屋登记案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省高级人民法院（2012）鄂行监三再终字第00002号行政裁定书

2. 案由：房屋登记行政撤销

3. 当事人

原告（上诉人、被申诉人、再审申请人）：熊成章

被告（被上诉人、被申请人）：湖北省郧西县房地产管理局

第三人（被上诉人、申诉人）：邢言兵

【基本案情】

1995年11月27日，熊成章的岳父兰绪章及其长子兰春德向郧西县土地管理部门申请用地，兰绪章获批建房用地40平方米，兰春德获批建房用地130平方米，随后建成砖混结构房屋一层四间。2000年8月24日，兰绪章以其小儿子兰建林代理人的身份向郧西县房管局申请将其中的两间房屋共计87.33平方米登记为兰建林所有。2000年9月17日，郧西县房管局为兰建林颁发了房权证2000字第10000498号房屋所有权证。2000年9月30日，兰建林取得房屋所占用土地的集体土地建设用地使用证。2006年5月15日，兰建林将该房屋出售给邢言兵，两人共同向郧西县房管局申请办理房屋转移登记，并提供了两人分别书写的申请书、两人的身份证复印件、房屋买卖协议书、原房屋所有权证和房屋占用土地的集体土地建设用地使用证等。郧西县房管局于同日为邢言兵颁发郧西房权证城关镇字第20060286号房

屋所有权证，并收回兰建林持有的房权证2000字第1000498号房屋所有权证。2007年10月16日，熊成章以该房屋为其与兰春德合资建设、兰建林无权处分以及郧西县房管局对该房屋的初始登记和转移登记错误为由，提起行政诉讼。

郧西县法院一审判决初始登记违法，撤销转移登记所颁发的房权证。房屋买受人邢言兵不服，向检察机关申诉，检察机关提起抗诉。十堰市中级人民法院指令郧西县人民法院再审。郧西县人民法院先后两次作出驳回起诉的裁定，均被十堰中院撤销，并指令继续审理。郧西县法院依照《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第十一条第三款的规定，于2010年12月26日作出（2010）西行再字第1号行政判决，确认初始登记违法，不予撤销转移登记所颁发的房权证。十堰市中级人民法院于2011年6月16日作出（2011）十行再终字第3号行政判决，维持了郧西县法院（2010）西行再字第1号行政判决。熊成章不服，申请再审。

【案件焦点】

第三人邢言兵受让房屋并办理变更登记后，对于熊成章以房屋联建人的身份，以初始登记违法、原登记所有权人无权处分为由，对初始登记和转移登记提起撤销之诉的诉讼请求，应否得到支持。

【法院裁判要旨】

湖北省高级人民法院经再审认为：熊成章诉称其为本案争议房屋的实际所有权人，但熊成章在原审中提供的与兰春德签订的协议书、借条及收款收据等，仅说明在房屋兴建之初，与兰春德协商拟购买部分房屋的事宜，不能证明与兰春德之间存在合资建房关系或者已经取得了争议房屋的所有权。本案争议房屋是由兰绪章和兰春德申请用地而兴建，熊成章既不是房屋所占用土地的用地申请人，也不是本案讼争的房屋登记行政行为的相对人，与本案讼争的房屋登记行为不存在行政法上的利害关系，其起诉不符合《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十二条、第十三条的规定，经法院审判委员会讨论决定，驳回熊成章的起诉。

【法官后语】

本案为再审行政案件，案件的全部审理过程中有几个方面的问题值得我们

关注。

首先，对熊成章是否具备原告诉讼主体资格问题，三级法院之间对此问题的认识存在一定分歧。

根据行政诉讼法及其司法解释关于诉讼参加人的有关规定，行政诉讼原告是具体行政行为相对人或者与被诉具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织。所谓法律上的利害关系，是指行政机关作为或不作为的行为与个人在行政活动中享有的合法权益之间存在一定的关联性，即行政机关的作为或不作为对公民、法人或其他组织的合法权益的实现、保护等产生实质影响。就本案而言，再审法院认为熊成章不享有要求被诉机关郧西县房管局进行房屋登记或者撤销登记的权利，即熊成章与本案被诉具体行政行为之间不存在法律上的利害关系。一方面，熊成章提供的协议仅是其与兰春德协商“房屋建成后，再以市场价协商购买”等的约定，既没有确认购房面积、价款等，也没有最终支付购房款或者已经进行了相关权属登记等其他证据。根据物权公示原则，熊成章提供的证据不足以证明其对争议房屋享有物权利益。另一方面，根据农村宅基地管理的相关规定，熊成章并非争议房屋所在村组的村民，不能在该村申请建设用地，即便熊成章在建房时有出资或者借资行为，在对争议房屋进行初始登记时，也无法将其登记为房屋所有权人。因此，本案中，房管部门的登记发证行为对熊成章的物权利益没有影响，而登记发证行为，仅作为对争议房屋物权归属的确认，对熊成章在建房出资等方面所应享有的债权利益的确认与实现也不产生实质影响。

其次，二审法院曾经两次撤销一审法院的驳回起诉裁定，指令继续审理。二审法院的处理符合《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第六十八条的规定。但是，从另一个角度来看，本案这种反复的指令继续审理，也反映出立法对此问题的规定有待完善。在现行审判制度体系中，此类指令继续审理裁定，并非终审裁判，无法通过再审程序直接予以纠正。那么，可否通过立法赋予类似这种指令继续审理的案件进入第三审级即法律审的效力，由上级法院的上级法院最终确定案件受理与否，或者设立类似于管辖权异议处理的机制，从立法技术上完善制度设计，避免这种无限循环给当事人造成的诉累，对当事人的权益给予更充分的保障。

第三，是对《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第十一条

第三款的理解与适用问题。

《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第十一条第三款规定："被诉房屋登记行为违法，但判决撤销将给公告利益造成重大损失或者房屋已为第三人善意取得的，判决确认被诉行为违法，不撤销登记行为"。一审法院第二次作出实体判决时，判决主文为："郧西县房管局2000年9月15日为兰建林颁发房权证2000字第10000498号房屋所有权证的行政行为违法，对郧西县房管局2006年5月15日为邢言兵颁发的郧西房权证城关镇字第20060286号房屋所有权证不予撤销"。从表述来看，该裁判主文严格以司法解释条文内容为模板。但行政诉讼法及其司法解释仅规定了五种行政判决形式，即维持判决、撤销判决（含全部撤销和部分撤销）、变更判决、确认违法（无效）判决及驳回诉讼请求判决，一审法院这种"确认违法＋不予撤销"的表述，不属于上述规范的判项表述形式。对于此类房屋登记案件，我们是否可以在既有判决形式中寻找更恰当的判项表述，值得探讨。

我们可以把此类房屋登记行政案件分成两种不同的情形。一种是房屋转移登记存在瑕疵，或者初始登记与转移登记均存在瑕疵，但具有司法解释中规定的不宜撤销的情形。这种情况下，人民法院可以判决"确认转移登记违法（或者初始登记和转移登记均违法，即违法的行为应确认违法）"，但保留转移登记及最终所颁发的房权证的效力，即不判决撤销转移登记所颁发的房权证。登记行为的外化表现形式就是给相对人颁发的房权证，确认登记行为违法而不撤销相对人持有的房权证，本身就是保全行政行为对外效力的一种方式，不必再多加一句"不予撤销某证"。另一种情形是初始登记存在瑕疵，转移登记在初始登记的基础上严格依法定程序办理。对此，人民法院可以判决"确认初始登记违法"，而对转移登记发证行为，不应判决撤销。那么，按照行政诉讼法及其司法解释的规定，最适宜的方式是对该项作"驳回诉讼请求"处理，即判决初始登记违法，但因存在涉及公共利益或第三人善意保护的情形且转移登记本身程序合法，对要求撤销转移登记及所颁发的房权证的诉讼请求予以驳回。

当然，《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第十一条第三款也确实存在表述不明的问题，才会导致上述理解与适用方面的分歧，期待今后对此能进一步明确。

编写人：湖北省高级人民法院　王志荣

32

冒用他人身份信息办理婚姻登记，应如何进行司法审查

——刘桂香诉宜都市民政局撤销房屋登记案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省宜昌市宜都市人民法院（2012）鄂宜都行初字第2号行政判决书

2. 案由：房屋登记行政撤销

3. 当事人

原告：刘桂香

被告：宜都市民政局

【基本案情】

刘桂香于2002年在湖北省松滋市涴市镇同心餐馆打工期间认识了吴亚丽之父熊家忠，并从熊家忠口中得知了吴亚丽的身份信息。因自己无户口，刘桂香便冒用吴亚丽的身份信息在松滋市公安局办理了身份证（刘桂香的照片、吴亚丽的身份信息）和户口本。2007年1月22日刘桂香利用冒用吴亚丽的身份信息办理的身份证和户口本与刘玉奎在宜都市民政局办理了结婚登记。在此之前，吴亚丽于2006年8月7日已在湖北省荆州市沙市区民政局与谢国华办理了结婚登记。后吴亚丽与丈夫谢国华因感情不和，到沙市区民政局办理离婚登记的时候，民政机关工作人员发现吴亚丽的身份信息在2007年1月22日又办理了一次婚姻登记，并告知吴亚丽已经构成重婚。吴亚丽便回到其原户籍所在地松滋市公安局查询。公安民警经调查查明了刘桂香冒用吴亚丽身份信息的事实，并于2011年1月8日对刘桂香作出了行政拘留五日的处罚，同时收缴了刘桂香冒用吴亚丽的信息办理的身份证和利用该身份证办理的结婚证，并责令刘桂香限期消除违法状态。

【案件焦点】

对非因登记机关过错导致的错误登记，人民法院应如何进行司法审查。

【法院裁判要旨】

湖北省宜昌市宜都市人民法院审理认为：刘桂香冒用第三人吴亚丽的身份信息办理身份证和户口本，并利用该身份证、户口本与第三人刘玉奎办理婚姻登记的事实，已经由公安机关调查查明，并载入公安机关生效的法律文书，各方当事人对该事实也没有异议，人民法院应予以确认。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《行政诉讼法解释》）第四十一条第一款规定："行政机关作出具体行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织的诉权或者起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过2年。"根据上述规定，即便是按照最长起诉期限2年计算，从2007年1月22日宜都市民政局为刘桂香办理婚姻登记之日起算，刘桂香的起诉已经超过最长起诉期间。《行政诉讼法解释》第四十四条第一款第（六）项的规定，起诉超过法定期限且无正当理由的，应当裁定不予受理；已经受理的，应裁定驳回起诉。刘桂香的起诉已经超过法定起诉期间，应裁定驳回起诉。宜都市人民法院将上述审查意见告知刘桂香以及刘玉奎、吴亚丽，并建议吴亚丽通过民事诉讼提起婚姻无效之诉来解决问题。后原告刘桂香撤诉。

【法官后语】

该案虽尚未进入实质审查阶段，即以撤诉方式结案，但该案的审理却提出了值得我们深思的话题：对婚姻登记类行政诉讼案件，司法机关应如何进行审查？

1. 婚姻登记的性质。婚姻登记是行政登记行为的一种，探讨婚姻登记的司法审查问题，就不得不分析行政登记行为的性质。从字面上看，"登记"是指把有关事项或者事物记载在册籍上。行政登记则是行政机关实施的登记行为。至于行政登记的性质，在理论界有不同的认识，有行政许可说、行政确认说、独立行为模式说等。尽管理论上众说纷纭，但在司法实践已经对行政登记行为在具体行政行为中的性质和地位予以明确。最高人民法院法发（2004）2号通知中，在"行政行为种类"之下，将行政登记与行政确认、行政许可并列排列，作为一种独立的具体行政

行为。结合最高人民法院的《通知》以及登记的字面涵义，我们可以尝试着为行政登记行为下这样一个定义：行政机关根据法律、法规和规章的有关规定，对符合法定条件的涉及相对人人身权、财产权等方面的法律事实予以书面记载的行为。从上述定义可以看出：法律赋予登记制度的功能仅限于对登记事项是否符合法定的条件进行一种单纯的判断，对符合条件者予以记载并公之于众。婚姻登记作为行政登记的一种，其功能在于对双方当事人的申请是否符合法定的条件进行判断，对符合条件者予以登记并颁发结婚证书，本质上是政府为公民提供的一种公共服务。

2. 婚姻登记审查标准。人民法院对具体行政行为的司法审查，应从事实、程序、法律等方面进行全面审查，即所谓的合法性审查。从上文对婚姻登记的性质的分析中可以看出，在婚姻登记中行政机关仅仅是依据实体法和程序法规范，对当事人的意思表示以及提供的申请材料的真实性进行审查，并对必要的事项进行询问。当事人应当对自己的意思表示以及提供的材料的真实性负责，行政机关对材料及相关事项尽到形式上的审查义务即可，而无须进一步核查材料的实质内容是否符合法律规定。在行政诉讼中，法院也不能用高于行政登记机关的审查程度的标准来衡量登记行为的合法性，也就是说，司法审查应在登记机关权利所限、能力所及的范围内对登记行为的合法性进行判断。就本案而言，宜都市民政局依照《婚姻登记条例》第五条和第七条的规定，审查了双方当事人提交的相关材料并询问了相关事项，即已尽到了必要的义务。即便是刘桂香当时提交的身份证件以及户口簿是冒领的，但这些证件均是由公安机关颁发的，具有合法的来源，作为登记机关，既没有可能也没有必要去审查这些证件本身的合法性。因此，如果该案进入实质审查阶段，人民法院对登记机关登记行为的审查程度，不能以客观真实情况作为裁判的依据。

3. 婚姻登记案件的裁判方法。前文已述，婚姻登记机关在办理婚姻登记中遵循形式审查的标准，人民法院的司法审查亦不能超越该项标准，如按此标准，行政机关登记行为确实没有违法之处，但当事人事后提交的证据足以证明登记状况与实际状况不一致，人民法院又应作出何种处理呢？《行政诉讼法》第五十四条规定了维持判决、撤销或者部分撤销判决、责令履行法定职责判决、变更判决等四种判决形式。司法解释又增加了驳回请求和确认两种判决形式，并对这两种判决适用的情形作出了说明。

（1）维持。根据《行政诉讼法》第五十四条的规定，具体行政行为证据确凿、适用法律法规正确、符合法定程序的案件，判决维持。维持判决指向的应是没有任何瑕疵的具体行政行为。同时，维持判决已经作出，行政机关必须执行，也就是说即便是行政机关或者其上级机关事后认为该行为需要撤销或者变更，受人民法院生效文书的拘束，也无法自行变更或者撤销。而本案的实际情况是，登记状况与实际状况确实不一致，确有纠正的必要和可能，适用维持判决显然不当。

（2）撤销。根据《行政诉讼法》第五十四条的规定，撤销的判决适用于具体行政行为的合法性不足的情况，如程序违法、事实依据不足、适用法律错误、超越职权、滥用职权等，本案中的登记机关已经尽到了必要的审查义务，其行为并无违法之处，故没有撤销判决适用之余地。

（3）责令履行法定职责以及变更判决显然不适用于本案，自不待言。

（4）驳回请求。司法解释第五十六条对驳回请求判决的适用情形，以列举的方式作出了规定，针对的是具体行政行为合法但又不适合维持的情形。本案中宜都市民政局的登记行为没有违法之处，不能撤销登记，但鉴于其登记状况确实与客观真实不一致，为方便当事人将来通过其他途径纠正错误，不宜维持，而驳回请求的判决是不二选择。

（5）确认合法的判决。司法解释第五十七条规定了确认具体行政行为合法判决的适用范围，即被诉具体行政行为合法，但不适宜判决维持，也不适宜驳回请求的情形。本案中原告请求撤销登记机关的登记，而经人民法院审查认为行政机关的登记合法，而无撤销判决适用之余地，显然被告的请求得不到法院的支持，故对于原告的请求应予驳回，确认合法的判决实无适用的必要。

综上所述，如果该案进入实质审查阶段，则应选择驳回请求的裁判形式。

编写人：湖北省宜昌市宜都市人民法院　龚太阔

33

行政机关内部文件不能作为撤销房屋登记的依据

——叶德生、徐晓丽诉涟水县住房和城乡建设局房屋登记行政撤销案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省淮安市中级人民法院（2012）淮中行终字第0067号行政判决书

2. 案由：房屋登记行政撤销

3. 当事人

原告（上诉人）：叶德生、徐晓丽

被告（被上诉人）：涟水县住房和城乡建设局

【基本案情】

2010年2月8日，被告涟水县住房和城乡建设局因第三人程金兰购买温州花苑门面而向其发放房屋所有权证。2010年10月28日，上海市闵行区人民法院向原涟水县房产管理局发出协助执行通知书，查封程金兰名下的温州花苑门面，查封期限为2010年10月28日至2012年10月27日。2011年7月6日，第三人以房屋所有权证遗失为由申请补办了新的所有权证。2011年9月11日，第三人与两原告叶德生、徐晓丽签订买卖合同，并于同年9月13日办理了所有权转移登记。2012年3月8日，上海市闵行区人民法院又向涟水县房产交易管理所发出协助执行通知书，继续查封程金兰名下的温州花苑门面，查封期限为2012年10月28日至2013年10月27日。2012年4月5日，涟水县公安局经济犯罪侦查大队作出《关于县领导批示"程金兰隐瞒事实卖房过户情况"的调查报告》，同年4月6日，被告依据该调查报告认定第三人程金兰与两原告相互串通，以隐瞒真实情况、提交虚假材料的方式办理房屋转移登记，依据《房屋登记办法》第八十一条之规定，作出涟房字（2012）01号《撤销房屋转移登记决定书》，撤销两原告与第三人的房屋转移登记。

后两原告向涟水县人民政府申请行政复议，涟水县人民政府维持了被告作出的《撤销房屋转移登记决定书》。两原告叶德生、徐晓丽以及第三人程金兰认为被告所依据的涟水县公安局经侦大队的调查报告，不是发生法律效力的文件，不能作为撤销房屋转移登记的依据。被告认为涟水县公安局及其所属的经济案件侦查大队属于“行政机关”，调查报告也属于《国家行政机关公文处理办法》规定的“公文”，是有法律效力的“文件”，原告对程金兰只拥有10万元的债权，却以80.1万元购买房屋，并没有交付另外的70.1万元房款，原告在取得房屋所有权证后，仍然将房屋所有权证交与程金兰，由程金兰用该所有权证办理抵押贷款供程金兰使用，原告从未实际接收和使用所购买的房屋，无权对《撤销决定》提出异议。第三人与原告的买卖房屋、过户是为了对抗人民法院的查封裁定。

【案件焦点】

涟水县公安局经侦大队的调查报告是否属于发生法律效力的文件，涟水县住房和城乡建设局据此报告作出撤销房屋登记的行为是否有事实根据。

【法院裁判要旨】

江苏省淮安市涟水县人民法院经审理认为：涟水县公安局经济犯罪侦查大队根据县领导批示、经初步调查作出《关于县领导批示“程金兰隐瞒事实卖房过户情况”的调查报告》，该调查报告仅反映了相关调查的情况、初步结论及下一步工作，并没有对程金兰“隐瞒事实卖房过户的情况”作出定论。该报告属于内部文件，内部文件虽然具有一定的对内效力，但不能对外部行为产生约束力，其不具有确定性，没有通过法定程序固化为对当事人具有法律约束力的行政文件，其没有依法送达当事人或对外公布，更没有给予当事人申辩权，不属于《房屋登记办法》第八十一条规定的“发生法律效力的文件”。因此，被告涟水县住房和城乡建设局依据该调查报告作出《撤销决定》，事实不清、适用法律错误，应予撤销。

江苏省涟水县人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1、2目的规定，作出如下判决：

撤销涟水县住房和城乡建设局于2012年4月6日作出的涟房字（2012）01号《撤销房屋转移登记决定书》。

宣判后，涟水县住房和城乡建设局不服，向淮安市中级人民法院提起上诉。在

淮安市中级人民法院二审审理过程中，涟水县住房和城乡建设局申请撤回上诉，淮安市中级人民法院依据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第六十三条第一款第（十）项、第九十七条，参照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十六条之规定，裁定准许上诉人涟水县住房和城乡建设局撤回上诉。一审判决现已生效。

【法官后语】

依据《房屋登记办法》第八十一条，发生法律效力的文件应当具有对外效力。所谓发生法律效力是指具有法律约束力，对相关人员产生一定的影响。发生法律效力的文件对人的行为产生法律上的约束和强制作用，往往需要对外公示或者依法送达告知当事人，进而对当事人的权利义务产生影响。发生法律效力的文件在效果上具有确定性，在形式上具有法定性，并且应当赋予相对人救济权。

本案中，房屋登记机构撤销房屋登记的依据虽然是行政机关的文件，但行政机关的文件并非等同于发生法律效力的文件，因此，在认定法律效力方面要注意，哪些文件属于发生法律效力的文件，哪些文件具有内部效力但不具备对外法律效力。文件的效力是决定该条适用与否的关键，应当从文件的形式上、内容的确定性上以及对当事人的约束力上进行审查，对于行政机关内部文件或者行政机关之间的公文往来，是否具有法律效力要审慎审查。

关于房屋登记机构是否一概没有自行撤销房屋登记的权利。基于行政行为的公定力，行政机关自行撤销行政行为也必须受到一定的限制，房屋登记机构不得随意撤销房屋登记。但有错必纠是行政行为的一个基本原则，房屋登记机构自行撤销房屋登记是基于“有错必纠”原则而非依职权审查或者依申请审查，登记错误是明显的无需调查的客观事实，房屋登记机构自行撤销的行为符合法律的基本原则，此种情况与《房屋登记办法》第八十一条规定的撤销情况不同，自行撤销对当事人合法权益产生的侵害，房屋登记机构应当承担相应的赔偿责任。

编写人：江苏省淮安市中级人民法院　牛延佳

34

行政、民事争议交叉案件同时中止诉讼的处理

——谢玉堂诉厦门市人民政府土地行政登记案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市海沧区人民法院（2011）海行初字第10号行政调解书

2. 案由：土地行政登记

3. 当事人

原告：谢玉堂

被告：厦门市人民政府

【基本案情】

原告谢玉堂于2011年3月23日以李丽珍为被告向海沧区人民法院提起民事诉讼，以转让农村住宅违反法律规定为由，要求确认原告与被告之间于1994年签订的农村房屋买卖合同无效，2011年6月6日厦门市海沧区人民法院民事审判庭作出一审宣判，判决驳回原告诉讼请求。宣判后，原告谢玉堂向厦门市中级人民法院提出上诉。

民事诉讼二审期间，原告谢玉堂于2011年10月8日以厦门市人民政府为被告、李丽珍为第三人向厦门市海沧区人民法院提起行政诉讼，以买卖时第三人系城镇居民，非海沧区东屿村第五村民小组成员，不具备集体经济组织成员身份，依法不能取得宅基地的使用权，被告向第三人颁发《集体土地建设用地使用证》违反《土地管理法》相关规定为由，要求判决撤销被告向第三人颁发《集体土地建设用地使用证》的具体行政行为。厦门市中级人民法院民事审判庭得知原告提起行政诉讼后，以案件与行政案件的审理结果有牵连为由，依据当时的《民事诉讼法》第一百三十六条第一款第（六）项之规定，裁定中止诉讼。2011年10月20日海沧区人

民法院行政庭以原告谢玉堂已就讼争登记行为据此作出的基础的房屋买卖关系提起民事诉讼，本案的审判须以该民事案件审理结果为依据为由，根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十一条第一款第（六）项、《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第八条规定，裁定本案中止诉讼。

至此，原告谢玉堂提起的民事诉讼和行政诉讼皆告中止。

【案件焦点】

原告谢玉堂提起的民事诉讼、行政诉讼都被裁定中止，当事人意见较大，人民法院应如何处理。

【法院裁判要旨】

对于中止诉讼的裁定，当事人不能提起上诉，但行政、民事两个诉讼程序的停滞，导致当事人意见较大。法院内部的沟通协调成为解决这一情况的唯一途径。海沧法院行政庭通过厦门市中级人民法院行政庭与厦门市中级人民法院民事审判庭进行了多次沟通，厦门市中级人民法院行政庭、民事庭的分管院领导也介入协调，最终促成民事诉讼恢复进行。厦门市中级人民法院民事审判庭继续审理，但以原审判决认定事实不清，可能影响案件正确审理为由，将案件发回厦门市海沧区人民法院重审。后经一审法院调解，该案民事诉讼的原告、被告达成调解协议，原告撤回行政诉讼。

【法官后语】

该案例涉及行民交叉案件中民事诉讼与行政诉讼同时中止的问题。行民交叉案件，是指案件审理过程中，同时存在需要解决的行政、民事争议，两种争议的内容具有关联性、处理结果互为因果或者互为条件的案件。在司法实践中，行民交叉案件多采取民事审判和行政审判分别进行的分开审理模式，关键问题在于如何判断何者为依据（前提）应先行审判、何者可以中止，以及在两相中止情况下如何处理，但目前缺乏系统的可以避免冲突的规定。当事人提起的民事诉讼、行政诉讼被以相互矛盾的相似理由同时被裁定中止，无疑损害了当事人的诉权，有损司法的统一性，也有悖于法治精神。本案虽通过沟通的方式处理了两个诉讼同时中止的问题，

但从尊重当事人诉权及维护法治的角度考量，有必要建立相应机制避免出现行民交叉案件同时中止诉讼的情形。建议：

1. 建立并完善案件知情制度。不论民事审判法官，还是行政审判法官，审理行民交叉案件时，应向当事人了解其是否因相关法律纠纷提起其他诉讼，当事人有义务告知相关案件起诉和受理、审理情况，以便法官进行沟通和协调，避免裁判结果出现矛盾和冲突。并可考虑在司法管理信息系统中增设查询当事人涉诉情况的功能，以便立案庭、审判庭法官查询了解当事人其他诉讼的关联情况。

2. 建立行民交叉案件审理顺序的内部决定机制，防止同时中止诉讼。行民交叉案件，民事诉讼裁定中止期间，行政诉讼不得同时裁定中止，反之亦然。例如当事人已提起民事诉讼，又提起行政诉讼，民事诉讼已被裁定中止，行政审判部门认为民事争议应先行审理的，不得径自中止行政诉讼，应通过与民事审判部门沟通协商决定审理的先后顺序。若协商不成，交叉案件属于同一法院审理的，由该院审判委员会作出审理先后顺序的决定，交叉案件分属上下级法院审理的，由上级法院的审判委员会作出审理先后顺序的决定，若非属于上下级法院审理的，报共同的上级法院的审判委员会作出审理先后顺序的决定。

3. 以修改行政诉讼法为契机，借鉴行政裁决案件民事争议一并审理的经验，明确规定行民交叉案件的一并审理制度，当事人以房屋登记行为据以作出之基础的民事法律关系无效或者应当撤销为由，对房屋登记行为提起行政诉讼的，作为审理前提的民事法律关系的效力问题应一并由行政审判庭审理，从而在立法的层面根本解决行民交叉案件诉讼程序陷入停滞的问题。

编写人：福建省厦门市海沧区人民法院　王奇仁　苏桔海

35

伪造他人身份证领取结婚证应予撤销还是确认违法

——陈宗晓诉泗阳县民政局婚姻登记案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省宿迁市泗阳县人民法院（2011）泗行初字第0014号行政判决书

2. 案由：婚姻登记行政撤销

3. 当事人

原告：陈宗晓

被告：泗阳县民政局

【基本案情】

2005年3月21日，第三人唐乃生与宋加（佳）琴，持“陈宗晓”的身份证、户口簿到被告处进行结婚登记，双方在登记表及相关文书中进行签名、捺印，领取结婚证书。第三人唐乃生与宋加（佳）琴提供给婚姻登记机关的身份证系“陈宗晓”的第一代身份证，2003年12月31日签发，此证与原告本人持有的陈宗晓的第一代身份证签发日期不同，身份证上的照片不是原告本人。经被告申请对第三人提供的陈宗晓身份证进行鉴定。2011年10月11日，泗阳县公安局作出泗公文鉴2011第002号《物证鉴定书》（文检鉴定书），认定第三人提供的陈宗晓的第一代居民身份证系伪造。至此确认，第三人唐乃生与宋加（佳）琴结婚登记时，向婚姻登记机关提供假身份证。原告认为被告为唐乃生与宋加（佳）琴以“陈宗晓”的名义登记结婚的行政行为违法，侵害了原告的合法权益，因而成讼。

【案件焦点】

1. 被告泗阳县民政局为第三人唐乃生与“陈宗晓”办理婚姻登记的程序是否违法；2. 本案是撤销原告陈宗晓与第三人唐乃生的结婚登记还是确认其结婚登记违法。

【法院裁判要旨】

江苏省宿迁市泗阳县人民法院经审理认为：婚姻登记是婚姻登记机关经过程序审查和实质审查对结婚登记的当事人进行婚姻登记的行为。依据国务院 2003 年 10 月 1 日施行的《婚姻登记条例》第四条规定：“内地居民结婚，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记”。第五条规定：“办理结婚登记的内地居民应当出具下列证件和证明材料：（一）本人的户口簿、身份证；（二）本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明”。第七条规定：“婚姻登记机关应当对结婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况。对当事人符合结婚条件的，应当当场予以登记，发给结婚证；对当事人不符合结婚条件不予登记的，应当向当事人说明理由”。本案被告在第三人唐乃生与“陈宗晓”在结婚登记时，对其提供的身份证和户口簿进行了审查，因其没有甄别身份证真伪的能力，被告虽然尽到了形式审查义务，登记行为没有违反法定程序，但致第三人唐乃生与宋加（佳）琴持“陈宗晓”的假身份证件，进行结婚登记得以顺利通过。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条第二款第（三）项之规定，判决如下：确认被告泗阳县民政局于 2005 年 3 月 21 日为第三人唐乃生与陈宗晓进行结婚登记的具体行政行为无效。

【法官后语】

1. 关于本案是否超过诉讼时效的问题。

由于本案被告及第三人均未对诉讼时效问题提出异议，法官作为居中裁判者，依据法理精神，也未主动审查，但该案的诉讼时效问题有待进一步研究、解决。

当事人不知道行政机关作出具体行政行为内容的，起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算，如果在不涉及不动产的情况下，已经超过 5 年提起诉讼的，人民法院不予受理。本案中，如果严格依照此规定，法院不应再受理

原告的起诉，那就将导致当事人的人身权利无法得到有效保护。

根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十二条规定："公民、法人或者其他组织不知道行政机关做出具体行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过20年，其他具体行政行为从作出之日起超过5年提起诉讼的，人民法院不予受理"。本案原告身份信息被他人冒用进行结婚登记，侵权时间发生在2005年3月21日。2011年8月，本案原告准备结婚登记时，才发现其身份信息已经被他人登记使用。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十三条规定："由于不属于起诉人自身原因超过起诉期限的，被耽误的时间不计算在起诉期间内。因人身自由受到限制而不能起诉的，被限制人身自由的时间不计算在起诉期间内"。该条规定不是很明确、具体，理解上会有歧义。笔者认为该条仅仅明确因人身自由受到限制而不能起诉的情形，对于其他因特殊原因（如身份关系的确认）超过起诉期限的，被耽误的时间是否计算在起诉期间内也应适用该条规定。因为身份关系的确认涉及人身关系，是比不动产更重要的法律关系。对此，在行政诉讼中涉及身份关系的时效也应有特别的规定，否则，许多婚姻登记案件及其他涉及身份关系确认问题的案件将无法通过行政诉讼解决。笔者建议对《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十二条、第四十三条的规定应该进一步地完善。

2.《婚姻登记条例》、《婚姻法》及其解释中相关规定的理解及完善问题。

根据国务院《婚姻登记条例》第九条的规定："因胁迫结婚的，受胁迫的当事人可依据婚姻法第十一条的规定向婚姻登记机关请求撤销其婚姻"。该条明确规定了只有因胁迫结婚的，当事人才能到婚姻登记机关请求撤销，也只有因胁迫结婚的情形，婚姻登记机关才能行使撤销权。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十条第二款规定，因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻当事人本人。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第一条第二款规定，当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者行政诉讼。据此，对于本案的情形，被他人冒名登记结婚的原告既非受胁迫也非婚姻当事人本人，其将无法到婚姻登记机关请求撤销该婚姻登记。根据《婚姻

法》及其司法解释的相关规定，本案原告也无法通过民事诉讼的途径解决婚姻登记错误问题，为维护其权益，其作为利害关系人只能依据行政诉讼法及其司法解释的规定提起行政撤销之诉。据此，笔者建议应将本案中涉及的情形及解决途径写入《婚姻登记条例》和《婚姻法》司法解释中，以使法律更加完善。

3. 我国现行的《婚姻登记条例》和《婚姻法》及其司法解释中对于本案中第三人唐乃生与宋加（佳）琴的婚姻效力及解决途径问题并没有作出明确规定，如其双方要解决其婚姻问题，是通过民事诉讼途径还是通过行政诉讼途径解决。

笔者认为应当由一方当事人依法提起行政诉讼或申请行政复议，撤销行政机关的婚姻登记。因为此种情形不符合《婚姻法》第十条规定的四种无效婚姻情形，也不符合《婚姻法》第十一条规定的因胁迫结婚可以申请婚姻登记机关或人民法院撤销婚姻的情形。虽然婚姻登记机关未违反法定程序，但此种情形可以理解为婚姻登记程序中的瑕疵。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第一条第二款规定："当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者行政诉讼"。故此种情形中，一方当事人要解决其婚姻问题，可以通过依法提起行政诉讼或申请行政复议，撤销行政机关的婚姻登记的方式加以解决。

4. 涉及伪造身份证的问题如何处理。

本案中，因第三人提供的"陈宗晓"的第一代居民身份证，经公安机关鉴定系伪造，故本案中第三人还涉嫌刑事犯罪问题。法院应将犯罪嫌疑线索、材料移送有关公安机关或检察机关查处。但根据法律规范判断，本案中涉嫌的刑事犯罪不影响行政案件的审理判决，故本案行政案件可以继续审理判决。

编写人：江苏省宿迁市泗阳县人民法院　崔亮　鲍雪玲

36

本案中讼争房屋是否属于公私合营时期的入股财产

——陈溪尧诉厦门市国土资源与房产管理局房屋登记管理案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦行终字第147号行政判决书

2. 案由：房屋行政登记

3. 当事人

原告（上诉人）：陈溪尧

被告（被上诉人）：厦门市国土资源与房产管理局

【基本案情】

原告之父陈清华生前于1948－1949年间自建私房一座，面积约205平方米，并裙带左右侧宅基地两块，房屋坐落于厦门市翔安区马巷镇友民街三友巷，陈溪尧认为房屋一直都是非生产性居民自住房，其父从未将该房屋核资处分给任何第三人，然而，1998年11月原同安粮食局马巷粮站提供虚假材料向厦门市房地产权籍登记中心同安工作站房管机构申请登记，房屋登记机构工作人员没有按相关法律法规规定，也没有尽到严格审查义务，仅凭虚假材料，违法对不符合登记条件的申请予以确认登记。厦门市国土资源与房产管理局认为厦门市翔安区马巷镇（原属同安区）友民街三友巷的住宅原系该站职工陈清华在公私合营时投入加工厂，加工厂与1989年12月并入厦门市同安区马巷粮食管理站，1998年12月25日，马巷粮食管理站向被告申请土地房屋权属登记并提交了相关申请材料，准予办理权属登记，无违法之处。第三人厦门市翔安区粮食购销有限责任公司认为陈溪尧的起诉已经超过诉讼时限并且讼争房产已经属于国营资产，不能将合营财产退还给个人。

【案件焦点】

1. 讼争房屋是否属于公私合营时期入股的财产；2. 被告厦门市国土资源与房产管理局办理讼争房屋权属登记的行为是否合法。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市翔安区人民法院经审理认为：本案讼争的房屋属于公私合营时期入股的财产。马巷粮站于1989年接管讼争房屋以后，一直作为职工宿舍管理使用。由于粮食企业改制后，马巷粮站关闭解散，其名下的国有资产于2006年划转入新成立的第三人即厦门市翔安区粮食购销有限责任公司名下。马巷粮站1999年6月1日取得的厦地房证第同00000222号《土地房屋权证》，已于2007年4月5日被第三人变更登记为厦地房证字第同00504973号《土地房屋权证》。被告作为房屋登记行政主管机关，依法办理房屋权属登记是其法定职责。在本案中，被告根据第三人的申请办理讼争房屋的权属登记，符合当时法律法规的规定。原告的诉讼请求，本院不予支持。据此，依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项、《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第十条之规定，判决如下：

驳回原告陈溪尧的诉讼请求。

陈溪尧持原审起诉意见提起上诉，请求撤销原审判决，发回重审或依法改判，并由被上诉人承担诉讼费用。厦门市中级人民法院经审理认为，“公私合营”是特定时期的国家政策。我国的《行政诉讼法》于1990年颁布实行，所规范的是法律颁布之后行政机关的具体行政行为。因此，对于上诉人始终坚持的讼争房屋并未进行过“公私合营”的问题，不是行政诉讼的审查范围。

从本案查明的事实可以确认，上诉人的父亲及其一家早在1957年开始，就未在讼争房屋居住使用过。1989年马巷粮站在接管讼争房屋后，将该房屋作为企业职工的宿舍使用。1998年，马巷粮站向厦门市国土资源与房产管理局申请讼争房屋的土地房屋登记，并由马巷粮站对讼争房屋的历史渊源做了说明，该说明得到了其行政主管部门厦门市同安区粮食局及讼争房屋所在地的马巷友民街居民委员会、马巷镇人民政府的印证，且土地房产登记部门还对讼争土地房产权籍进行调查，对房屋四至进行指界，确定了讼争房屋无土地权属纠纷，再由马巷粮站依法缴纳了测绘费、工本费、登记费等相关税费后，厦门市国土资源与房产管理局为马巷粮站办

理权属登记，所颁发的厦地房证第同00000222号《土地房屋权证》，符合当时法律法规规定。

原审判决认定事实清楚，程序合法，适用法律正确，所作的判决并无不当。对于上诉人的上诉理由，本院不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理的重点的在于讼争房屋是否属于公私合营时期入股的财产及权属确认及厦门市国土资源与房产管理局办理讼争房屋权属登记是否合法。我国关于公私合营时期入股财产的认定主要依据相关的规章制度。原国家城市建设总局于1982年2月4日转发四川省委、省人民政府批准省建委《关于私房改造遗留问题处理意见的报告》的通知要求：“符合私房改造政策，已经改造了的房屋，应向原房主进行思想政治教育，说明其产权已属国家所有，原房主不得以任何理由要求收回。对强行夺占国家经租房屋的行为，应采取坚决措施加以制止。已经夺占的，要限期迁出，经过批评教育拒不迁出的，要依法处理。”

原建设部于1989年1月1日实施的《关于城镇房屋所有权登记中几个涉及政策性问题的原则意见》的通知指出：“由于单位合并、分立、撤销等原因，房屋产权归属已经按政策规定作过处理的，按当时的处理结果确认产权，予以登记，产权归属不明的，由县级以上主管机关出具证明，经审查核实，确认无产权纠纷后，由现房屋管理单位登记；产权有纠纷的，由其主管部门裁定，经房地产管理机关认可后，予以登记。”1956年2月8日国务院全体会议第24次会议通过的《国务院关于在公私合营企业中推行定息办法的规定》（已于1986年7月25日被国务院废止）规定：“为了适应私营企业实行全行业公私合营的新情况和进一步进行社会主义改造的需要，对公私合营企业的私股推行定息办法”，并规定，“定息，就是企业在公私合营时期，不论盈亏，依据息率，按季付给私股股东以股息”。最高人民法院于1992年7月31日给辽宁省高级人民法院《关于大连中药厂与周淑清房屋产权纠纷一案的请示》的复函指出：已公私合营清产核资折价入股的房屋属国家所有。

本案中原告陈溪尧父亲经营的瑞裕油坊在1956年4月以公私合营改造的形式

由“同安油腊公司”归口领导，其中包括讼争的房屋一并投入加工厂。陈清华进入同安油腊公司担任管理人员，月工资25元，每月定息9.31元。1989年12月，加工厂并入马巷粮站，并且陈清华每月收入32.5元，长子陈溪尧计件工每月收入30元，股息每月收入3元。由于粮食企业改制后，马巷粮站关闭，其名下的国有资产于2006年一并转入新成立的厦门市翔安区粮食购销有限责任公司名下。综上，讼争房屋属于公私合营时期入股的财产，并且原业主每月有领取股息，应属于国家财产，不应再退还给本人。

对于被告办理讼争房屋权属登记是否合法问题，

依据1998年1月1日实施的《城市房屋权属登记管理办法》（已失效）第十条规定：“房屋权属登记依以下程序进行：（一）受理登记申请；（二）权属审核；（三）公告；（四）核准登记，颁发房屋权属证明。本条第（三）项适用于登记机关认为有必要进行公告的登记。”本案中1998年12月25日，马巷粮站作为讼争房屋的实际管理单位，向被告申请土地房屋登记。被告在受理第三人的申请后，于1999年1月13日进行了权籍调查，在被告提供的《土地地籍调查表1》的“权属调查记事”栏载明“经查，本宗地权属来源，有‘马巷粮站职工宿舍土地房屋权属来源报告’马粮（1998）第19号为据”，“在地籍测量记事”栏载明“经地籍调查，现用地四至清楚，与四邻无争议，本宗地指界人均按规定到现场指界”。马巷粮站在向被告申请讼争房屋登记时提交的《马巷粮站职工宿舍土地房屋权属来源报告》也经讼争房屋所在地的居委会和镇政府的证实。以上情况说明被告办理讼争房屋权属登记符合《房屋登记办法》的规定。

对于经过公私合营改造的原工商业者的营业用房的产权归属问题，国家采取的是赎买政策，即对作价入股的房屋，产权归国家所有，并由国家安排有关企业、单位管理、使用，原工商业者在一定时期内领取定息。人民法院处理有关公私合营的房屋产权纠纷，应坚持这个原则，以是否经过公私合营改造，作为确定争议之房屋产权是归国家所有，还是归原业主所有的标准。

编写人：福建省厦门市翔安区人民法院　王文芳

37

乡镇行政首长根据文件指示精神将集体所有制企业改制转让，是否属于行政指令行为

——邹国政等十二人诉仙桃市房产局房屋行政登记案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省仙桃市人民法院（2012）鄂仙桃行初字第00010号行政判决书

2. 案由：房屋行政登记

3. 当事人

原告：邹国政、韩剑、王国军、钟守廉、胡文轩、周文栋、魏登明、汪天元、王洪斌、辜权武、周德炎、张少英

被告：仙桃市房产管理局

【基本案情】

1997年，仙桃市卫材厂（系仙桃市龙华山街道办事处下属的集体所有制企业）为解决职工住房问题，经过集体研究决定，由需要住房的干部职工个人申请，并以个人全额集资的方式集资建房（土地由当时的卫材厂提供）。1999年6月，该房屋建成，同年7月职工入住。但卫材厂一直没为该房屋办理房屋产权登记。2000年11月16日，仙桃市龙华山街道办事处（相当于乡镇一级行政机关）根据上级有关文件的指示精神，对仙桃市卫材厂实行改制，由原龙华山办事处主任（行政一把手，相当于乡、镇长）王才军代表甲方仙桃市卫材厂在《转让合同书》上签字，将卫材厂的部分资产包括部分厂房、设备、供电供水设施及部分土地使用权（含争议房屋的土地使用权）等以340万元的价格转让给罗永栎，该《转让合同书》上的鉴证人栏上盖有仙桃市人民政府公章及当时的主管副市长余日福的印章。同日，仙

桃市体改委以仙体改［2000］101号《仙桃市体改委文件》批复，同意龙华山街道办事处对仙桃市卫材厂的改制，并载明“执此批复到土地、房产……等部门办理有关手续。”尔后，罗永栎设立了第三人湖北琪美医疗科技有限公司（即本案的第三人），罗永栎为该公司的总经理、法定代表人。2000年12月19日，原龙华山办事处的工作人员赖正新以卫材厂法定代表人的身份与第三人签订房地产买卖合同（第三人说此合同是《转让合同书》的附属合同），将该厂职工集资兴建的宿舍楼卖给了第三人。合同签订后的第二天，第三人便依据土地使用权证、《转让合同书》、房地产买卖合同及仙桃市体改委文件等向被告申请将上述争议房屋的产权登记在第三人名下。2000年12月22日，被告根据第三人的申请，将上述争议房屋的产权登记在第三人名下，并为第三人发放了仙龙公0000430号房屋所有权证。2011年8月20日，第三人向该房屋的各住户发了通告，声称该房屋属于第三人所有，并对该房屋的各住户提出了相关要求。此时，原告方才得知自己集资兴建的住房被登记在第三人名下，进而引发纠纷。原告因此向法院起诉要求法院依法确认被告向第三人颁发的仙龙公0000430号房屋产权证不合法并予以撤销，同时还要求法院依法责令被告为原告办理房屋产权证等手续。

被告答辩称，其依据相关合同及发改委的批复为第三人颁发仙龙公0000430号房屋产权证的行为合法，并且认为本案争议的房屋属于因行政指令而调整划拨、机构撤并分合等引起的房地产纠纷，根据1992年11月25日《最高人民法院关于房地产案件受理问题的通知》第三项的规定，不属人民法院主管工作的范围。第三人的陈述意见与被告的答辩基本相同。

【案件焦点】

1. 乡镇行政首长根据上级文件指示精神，将其下辖的集体所有制企业的资产有偿转让，上级市政府及其主管副市长在转让合同的鉴证人栏上盖有政府公章及副市长的印章，这样的资产转让是否属于行政指令行为；2. 市发改委发文批复同意乡镇集体所有制企业改制，并载明执此批复到土地、房产等部门办理有关手续。这批复是否能够作为房产局办理房产证合法有效的依据。

【法院裁判要旨】

湖北省仙桃市人民法院经审理认为：本案所涉及房产的《转让合同书》虽然是

由当时的龙仙桃市华山街道办事处主任王才军与罗永栎签订，仙桃市人民政府及当时的主管副市长余日福也在鉴证人栏盖上了公章及印章，但这份《转让合同书》是经双方协商、有偿转让的，合同中还约定了违约责任。所以，王才军与罗永栎签订《转让合同书》只是一种民事行为，尽管合同上盖有政府公章及副市长印章，但不能因此而否定其民事行为的性质，且仙桃市人民政府及当时的主管副市长也仅仅只是作为鉴证人在合同上盖章，且政府公章及副市长印章均是盖在鉴证人栏上的，因此，本案涉及的房产不属于“因行政指令而调整划拨、机构撤并分合等引起的房地产纠纷。”关于市发改委的批复是否能够作为房产局依法行政的依据的问题，房产登记资料中虽然有仙体改［2000］101号《仙桃市体改委文件》，该文件中载有“执本批复件及有关材料到财政、劳动、土管、房产、工商、税务、银行等部门办理有关手续”。但这个文件仅仅是一个与被告没有上下级隶属关系的行政机关的文件，这个文件既不属于法律、法规，也不属于行政规章和其他行政规范性文件，因此，该文件不能作为行政机关依法行政的依据。被告作为一个行政机关，在作出具体行政行为时，应严格依法办事、依法行政。被告在接受第三人的办证申请后，没有按程序认真审核第三人提供的资料是否齐全、完备，便为第三人办理了房屋所有权证，属于程序违法。

湖北省仙桃市人民法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第一款第（二）项第3目及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第一款第（一）项的规定，判决如下：

一、撤销被告仙桃市房产管理局向第三人湖北琪美医疗科技有限公司颁发的仙龙公0000430号房屋产权证；

二、驳回原告邹国政、韩剑、王国军、钟守廉、胡文轩、周文栋、魏登明、汪天元、王洪斌、辜权武、周德炎、张少英的其他诉讼请求。

案件受理费50元，由原告邹国政、韩剑、王国军、钟守廉、胡文轩、周文栋、魏登明、汪天元、王洪斌、辜权武、周德炎、张少英负担25元，被告仙桃市房产管理局负担25元。

【法官后语】

行政指令是指行政主体依靠行政组织的权威，运用行政手段，按照行政组织的

系统和层次进行行政管理活动的方法。行政指令具有强制性、权威性、无偿性，即行政指令是不需要当事人双方相互协商、等价交换的，行政指令是根据工作或者实际的需要而作出的具有权威性的指令，相对人必须服从。具体到本案的《转让合同书》，该《转让合同书》既没有强制性，也不是无偿的，任何一方违约，都只需承担民事违约责任，不承担行政责任或者其他责任。因此，该《转让合同书》不属于行政指令行为。

其他行政规范性文件是指“行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件”。其具有抽象性、一般性、将来性、反复性与普适性。而本案中的《仙桃市体改委文件》，其针对的对象是特定的，且不能被反复适用。因此《仙桃市体改委文件》不属于其他行政规范性文件，不能作为行政机关依法行政的依据。

编写人：湖北省仙桃市人民法院　王建亮

三、行政许可

38

行政许可作出前进行的投资在行政许可被依法撤销后是否应予以赔偿

——王文莉诉点军工商分局拒绝颁发营业执照案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省宜昌市中级人民法院（2012）鄂宜昌中行终字第00019号行政判决书

2. 案由：工商拒绝颁发行政许可

3. 当事人

原告（上诉人）：王文莉

被告（被上诉人）：宜昌市工商行政管理局点军分局（以下简称点军工商分局）

【基本案情】

2011年3月，原告王文莉向被告点军工商分局申请个体名称预先核准登记，被告受理并作出了预登记，并于同年6月16日向原告正式颁发了个体工商户营业执照。同年8月22日被告又对原告作出了撤销个体营业执照注册登记的决定。原告王文莉认为，被告的行政行为作出后，不得轻率地撤销；同时被告作出撤销决定的依据不成立，撤销前的听证程序违反法律规定。故诉至法院，请求判决撤销被告作出的宜市工商点［2011］21号关于撤销个体营业执照注册登记的决定，并承担因其错误的行政行为而给原告造成的经济损失250000元。

【案件焦点】

对于行政许可作出前进行的投资在行政许可被依法撤销后是否应予以赔偿。

【法院裁判要旨】

宜昌市点军区人民法院法院经审理认为：根据《中华人民共和国行政许可法》第三十六条之规定：“行政机关对行政许可申请进行审查时，发现行政许可事项直接关系他人重大利益的，应当告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩……”。第四十六条规定：“……行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项，行政机关应当向社会公告，并举行听证。”原告以位于搬迁范围内的房屋作为营业场所申请工商营业执照，确实对搬迁工作造成了实在的影响，被告在审核是否为原告颁发营业执照时，应当按规定举行听证。被告在错误地为原告颁发营业执照后，依照行政许可法的规定，举行听证，撤销原行政许可行为，是履行职责，依法纠错的体现，符合法律规定，原告的诉讼理由不能成立，对于其请求本院不予支持。关于原告要求赔偿损失的请求，因原告一直在实际营业，其请求没有事实依据，应予驳回。

宜昌市点军区人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项、《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十三条之规定，作出如下判决：

驳回原告王文莉的诉讼请求。

宜昌市中级人民法院经审理认为：上诉人以位于磨搬迁范围的房屋作为营业场所申请工商营业执照，对“磨基山旅游综合体”建设项目造成了影响，被上诉人在审核是否为其颁发营业执照时，应当依法举行听证。被上诉人为上诉人颁发营业执照后，基于利害关系人的主张，依照行政许可法的规定，举行了听证，并依法作出撤销原行政许可行为的行政许为，该具体行政行为符合相关法律规定。因上诉人系于 2010 年 7 月 28 日与他人签订《转让协议书》，转租他人房屋进行经营。而被上诉人于 2011 年 6 月 16 日才向其颁发个体工商户营业执照并为其办理登记注册许可，并于 2011 年 8 月 22 日又撤销该许可。上诉人主张的赔偿款项所产生的时间均在被上诉人的颁发和撤销许可的行政行为作出之前，两者无事实上的因果关系，亦无法律上的依据。综上，上诉人的上诉理由均不能成立，依法不予支持。

宜昌市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）

项的规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费50元，由上诉人王文莉负担。

【法官后语】

行政许可的撤销，是指作出行政许可决定的行政机关或者其上级行政机关，根据利害关系人的请求或者依据其职权，对行政机关及其工作人员违法作出的准予行政许可的决定，依法撤销法律效力的行为。根据我国《行政许可法》的规定，个体工商户的设立，应在工商部门办理个体工商登记。同时该法第六十九条第一款还规定了根据利害关系人的请求或者依职权，可以撤销行政许可的五种情形。针对实践中存在的行政机关撤销行政许可的条件不清、责任不明、随意性较大等问题，按照既保护被许可人的合法权益，又督促行政机关履行职责的原则，借鉴国外通行做法，《行政许可法》第六十九条从两个方面规范行政机关行使撤销权的行为：1. 明确了撤销权行使的条件与程序。对违法的行政许可事项，基于保护公共利益的需要，该撤销的，行政机关应当予以撤销；撤销可能对公共利益造成重大损害的，不予撤销；可以撤销可以不撤销的，行政机关应当衡量各种利益后决定是否行使撤销权；2. 因行政机关的原因导致行政许可决定被撤销的，规定行政机关应当赔偿被许可人因此受到的损害。

《行政许可法》第六十九条第四款规定，行政机关撤销行政许可损害被许可人的合法权益的，应当依法予以赔偿。这一规定主要是为了保护公民、法人或者其他组织对行政行为合法性的信赖。如果行政机关骤然撤销行政许可以维护公共利益，对被许可人产生的损害，应当予以赔偿。赔偿应当以被许可人因此受到的实际损害为限。保护公民、法人或者其他组织的信赖，其前提是其信赖合理、值得保护。对于被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可，其行为本身就违反了信赖原则的要求，其基于行政许可取得的利益自然不受保护，行政机关依法撤销被许可人取得的行政许可，即使对被许可人造成财产损害，也应由被许可人自负。就本案而言，原告王文莉于2010年7月28日与他人签订《转让协议书》，转租他人房屋进行经营。而被告于2011年6月16日才给其颁发个体工商户营业执照登记注册许可，并于2011年8月22日又撤销该许可，在被告撤销该行政许可后，原告仍一直

在继续经营，因此王文莉提出的撤销赔偿不应得到支持。

编写人：湖北省宜昌市点军区人民法院　鄢裴培

39

村民委员会是否具有村级集体经济组织职能

——孙勤伟等诉高宝邵伯湖渔政监督支队行政许可案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省扬州市中级人民法院（2013）行终字第0009号行政判决书

2. 案由：渔业行政许可

3. 当事人

原告（上诉人）：孙勤伟、孙志华、孙志林

被告（被上诉人）：江苏省高宝邵伯湖渔政监督支队（以下简称高宝湖渔政支队）

第三人：高邮市高邮镇西塔社区居民委员会（以下简称西塔社区居委会）

【基本案情】

2011年8月3日，被告高宝湖渔政支队发布苏高渔［2011］01号公告，就高宝邵伯湖水生植物芡实捕捞许可的范围、申请人资格、申请程序、期限等事项作出公告。01号公告发出后，被告共收到包括西塔社区居委会及三原告在内的12份许可申请。2011年8月16日，被告发布苏高渔［2011］02号公告，对申请不重叠的水域作出临时捕捞许可的公示；对申请重叠的水域，告知各申请人可相互协商，协商成功的，被告采取审查的方式作出临时捕捞许可决定，协商不成的，采取招标、拍卖等公平竞争的方式作出临时捕捞许可决定。截至2011年9月2日，三原告与第三人西塔社区居委会就重叠水域的芡实捕捞未协商达成一致。2011年9月3日，被告发布苏高渔［2001］06号公告，公示对申请重叠水域芡实捕捞许可采用拍卖

方式，并公告了拍卖时间、地点、标的、竞买人范围和拍卖程序等。2011年9月9日，被告组织召开拍卖会，就重叠水域芡实捕捞许可进行拍卖。由于三原告在拍卖前未缴纳竞买保证金，被告按照规定宣布取消了三原告竞买人资格。2011年9月13日，被告作出苏高渔［2011］07号渔业行政许可决定，将高宝邵伯湖1－3号渔业水域的芡实捕捞临时许可给第三人西塔社区居委会。2011年9月14日，被告作出苏高渔［2011］08号渔业行政许可决定，对原告孙志林、孙勤伟提出的2号渔业水域申请不予渔业行政许可，对原告孙志华提出的3号渔业水域申请不予渔业行政许可。三原告不服，遂诉至法院。

【案件焦点】

村民委员会是否属于符合申请人资格要求的村级集体经济组织。

【法院裁判要旨】

江苏省扬州市邗江区人民法院经审理认为：被告对高宝邵伯湖的芡实资源捕捞许可的水域、申请人条件、申请程序等事项进行公告后，受理了包括第三人在内的12份捕捞许可申请。因三原告与第三人对同一水域芡实资源捕捞未协商达成一致，被告对申请重叠的水域决定采取拍卖的方式实施捕捞许可，符合行政许可法的相关规定。西塔社区居委会作为村民自治组织，代行集体经济组织的职能，符合定置渔具渔民所在的村级集体经济组织条件，具有芡实捕捞许可申请人的资格。原告提供的2003年5月11日芡实种植光盘视听资料，无法证明2011年9月14日被告行政许可决定中的芡实资源为三原告种植，且三原告未依法取得养殖证，即使种植芡实，亦不受法律保护。扬州市邗江区人民法院依据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定，作出如下判决：

驳回原告孙勤伟、孙志华、孙志林要求撤销被告高宝湖渔政支队2011年9月14日作出的苏高渔［2011］08号渔业行政许可决定的诉讼请求。

孙勤伟、孙志华、孙志林提起上诉。扬州市中级人民法院经审理认为：《行政许可法》第十二条规定："下列事项可以设定行政许可：……（二）有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项；……"。本案对于芡实捕捞的许可，属于上述法律规定的可以

设定行政许可的事项。村委会具有经营管理集体资产、代行集体经济组织的职能。西塔社区居委会是持有合格的内陆渔业捕捞许可证且作业场所确定在2号、3号渔业水域范围内从事定置渔具捕捞的村级集体经济组织，具有申请人资格。《中华人民共和国渔业法》第十一条规定："国家对水域利用进行统一规划，确定可以用于养殖业的水域和滩涂。单位和个人使用国家规划确定用于养殖业的全民所有的水域、滩涂的，使用者应当向县级以上地方人民政府渔业行政主管部门提出申请，由本级人民政府核发养殖证，许可其使用该水域、滩涂从事养殖生产……"上诉人如果在涉案的2号、3号渔业水域种植芡实，应当获得职能部门的养殖许可，本案上诉人未能提供获得该项许可的证据；并且上诉人也不能证明其在2号、3号渔业水域种植了芡实。因此，上诉人上诉称其对2号、3号渔业水域种植的芡实享有所有权，这些芡实不属于高宝邵伯湖水生植物捕捞管理的范围的主张不能成立。扬州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案中，就西塔社区居委会是否符合村级集体经济组织的条件，即西塔社区居委会是否具有芡实捕捞许可申请人资格的问题，存在争议。一、二审法院审理后认为：居民委员会是"村民自治组织"，代行集体经济组织的职能，因此，具有芡实捕捞许可申请人资格。

首先，从定义来看，村民委员会是基层群众性自治组织，实行自我管理、自我教育、自我服务的基层群众自治组织，实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督，是我国农村实行的村民自治制度的主要组织载体。村民委员会是一种在法律、法规范围内组织群众办理自己事情的组织，代表本村村民利益的组织，具有广泛的群众性。

其次，从职责定位来看，《村委会组织法》规定："村民委员会依照法律规定，管理本村属于村民集体所有的土地和其他财产，教育村民合理利用自然资源、保护和改善生态环境。"说明村民委员会在集体土地等资产的管理方面，可以代行村级集体经济组织的职权。

第三，从管理职能来看，村民委员会具有法定性、普遍性、稳定性的特点，更适合作为集体经济所有权的代表，维护集体的经济利益。村民委员会依照法律规定，管理本村属于农民集体所有的土地和其他财产。村民委员会由村民选举产生，代表全体村民的利益，故属于全体村民集体所有的财产，由村民委员会来管理，更能体现出是集体所有，而不是某些人所有的性质。在没有设立村一级集体经济组织的地方，由村委会来管理村集体经济或者代行集体经济组织的职能，完全符合法律规定。

编写人：江苏省扬州市邗江区人民法院　陈慧

40

强制性国家标准具有法定约束力

——朿新根诉吴江市规划局规划行政许可案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省苏州市中级人民法院（2012）苏中行终字第0067号行政裁定书

2. 案由：规划行政许可

3. 当事人

原告（上诉人）：朿新根

被告（被上诉人）：吴江市规划局

【基本案情】

原告朿新根于2012年2月27日将恢复楼梯申请递交给吴江市行政审批中心规划窗口。3月7日，被告派员到现场勘查，东侧住户仇莉萍当场表示反对，西侧徐巧林和东侧仇莉萍于3月8日向被告提出书面信访意见表示不同意朿新根恢复楼梯。2012年3月12日，被告书面回复朿新根要求其提供周边邻里的意见后重新报批。朿新根提供了南、西、北邻里签字意见，但东侧没有签。被告于2012年4月

11日对原告束新根的申请作出反馈意见，对束新根楼梯恢复申请反馈为“暂不予支持”。

原告不服，向本院提起行政诉讼，请求法院撤销被告作出的审查意见，判决被告重新作出具体行政行为，并承担本案的诉讼费用。经本院释明，原告将诉讼请求明确为“撤销被告于2012年4月11日作出的《审查意见反馈表》中‘暂不予支持’反馈意见，并承担本案的诉讼费用”。

被告辩称，1. 被告作出“不同意恢复楼梯”意见符合《物权法》、《江苏省城市规划管理技术规定》、《建筑设计防火规范》等法律、法规规定和有关工程建设标准。2012年3月7日，被告派人到现场勘查，发现在住宅未建楼梯的情况下，原告住宅与东侧相邻住宅间距为3.3米；如果准许原告恢复楼梯，减去楼梯所占空间，住宅间距仅为2.2米。《江苏省城市规划管理技术规定》规定，住宅建筑之间山墙最小间距，两侧有窗时不小于6米，单侧或两侧无窗时按消防和施工安全等控制；《建筑设计防火规范》规定，民用建筑最小防火间距为3.5米。因此如果准许原告恢复楼梯将违反上述工程建设的技术规范和标准；而且将会对相邻不动产权利人带来安全隐患；2. 被告作出不准许恢复楼梯的意见程序合法，被告作出的意见有事实和法律依据，符合法定程序，请求法院依法予以维持。

【案件焦点】

被告2012年4月11日对原告束新根的申请作出的反馈意见是否合法。

【法院裁判要旨】

江苏省苏州市吴江市人民法院经审理认为：原告认为被告作出该反馈意见没有事实依据；被告认为自己作出的行政行为有事实和法律依据，符合法定程序。1. 关于被告作出“暂不予支持”反馈意见是否具有法定职权的问题。根据《中华人民共和国城乡规划法》第十一条第二款关于“县级以上地方人民政府城乡规划主管部门负责本行政区域内的城乡规划管理工作”的规定，被告作为县级以上地方人民政府城乡规划主管部门，依法负责本行政区域内的城乡规划管理工作，对本案的处理有法律职权；2. 关于被告作出“暂不予支持”反馈意见是否具有事实和法律依据的问题。2012年3月7日，被告派员到现场勘查，发现原告住宅与东侧相邻住宅间距为3.3米；如果准许原告恢复楼梯，减去楼梯所占空间，住宅间距仅为2.2

米。《江苏省城市规划管理技术规定》是根据《中华人民共和国城乡规划法》、《江苏省城乡规划条例》和城乡规划相关标准规范，结合全省实际情况制定的，适用于城市和县城的规划建设用地范围。在此建设用地范围内制定规划，进行规划管理，均须执行该规定。《江苏省城市规划管理技术规定》规定“住宅建筑之间山墙最小间距，两侧有窗时不小于6米，单侧或两侧无窗时按消防和施工安全等控制”；《建筑设计防火规范》是强制性国家标准，其中“5.2.1”为强制性条文，必须严格执行。“5.2.1民用建筑的防火间距”规定，“民用建筑之间的防火间距不应小于表5.2.1的规定，相邻的两座建筑物，当较低一座的耐火等级不低于二级、屋顶不设置天窗、屋顶承重构件及屋面板的耐火极限不低于1.00h，且相邻的较低一面外墙为防火墙时，其防火间距不应小于3.5米”，结合《中华人民共和国城乡规划法》第四条第三款关于“县级以上地方人民政府应当根据当地经济社会发展的实际，在城市总体规划、镇总体规划中合理确定城市、镇的发展规模、步骤和建设标准”的规定，被告作出该反馈意见有事实和法律依据。但被告在审查意见反馈表上没有写明相应的法律依据，存在法律上瑕疵，但该瑕疵对原告的实体权利没有实质性的影响；3. 关于被告作出“暂不予支持”反馈意见是否违反法定程序问题。原告束新根于2012年2月27日将恢复楼梯的申请递交给行政审批中心规划窗口。3月7日，被告派员到现场勘查，东、西侧邻居于3月8日向被告提出信访意见，表示不同意束新根恢复楼梯。2012年3月12日，被告书面回复束新根要求其提供周边利害关系人的意见后重新报批。后束新根提供了部分邻里意见，但未提供东侧邻里意见。被告于2012年4月11日对原告束新根的申请作出反馈意见，对束新根楼梯恢复申请反馈为“暂不予支持”，并向原告进行送达，并不违反法定程序。

综上，被告作出“暂不予支持”反馈意见有相应的职权和事实法律依据，并不违反法定程序，虽存在法律上的瑕疵，但该瑕疵对原告的实体权利没有实质性的影响。

江苏省吴江市人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定，作出如下判决：

驳回原告要求撤销吴江市规划局于2012年4月11日作出的《审查意见反馈表》中“暂不予支持”反馈意见的诉讼请求。

案件受理费50元，由原告负担。

一审宣判后，束新根向江苏省苏州市中级人民法院提起上诉。审理过程中，经江苏省苏州市中级人民法院法律释明，上诉人束新根认可其不符合取得规划行政许可的现行法定条件，后经法院组织协调，其被拆楼梯恢复所需费用得到相关单位的适当补偿，上诉人束新根认为已无继续诉讼必要，故书面申请撤回上诉。江苏省苏州市中级人民法院经审查认为，上诉人束新根撤回上诉系其真实意思表示，符合法定撤诉条件，依法应予准许。

江苏省苏州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十一条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第九十七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十六条之规定，作出如下判决：

准许上诉人束新根撤回上诉，双方当事人均按原审判决执行。

二审案件受理费50元，减半收取为25元，由上诉人束新根负担。

【法官后语】

关于行政机关在行政程序中运用国家标准作为法律依据来作出行政行为是否合法，合议庭存在两种不同意见。一种意见认为国家标准是技术规范，而不是法律，不能作为法律依据使用，只能在法律适用中加以援引，而不能直接适用；第二种意见认为国家标准也是法律的组成部分，特别是国家强制性标准就是法律，如果违反了这些标准，作出的行政行为应属无效。本案中《建筑设计防火规范》是强制性国家标准，其中“5.2.1”为强制性条文，必须严格执行。

我们同意第二种观点，理由如下：

1. 国家强制性标准的性质决定了国家强制性标准的地位和作用。1988年8月29日在第七届全国人民代表大会常务委员会第三次会议上，国家技术监督局局长徐志坚在《关于〈中华人民共和国标准化法（草案）〉的说明》中所指出的“标准本身具有严肃的法规性和统一性。标准是各项经济技术活动中有关方面共同遵守的准则和依据”。这种技术标准本身不是法律，但可以通过行政机关的制定或认可，通过法律化的形式成为具有强制力的部门规章，从而成为行政法的渊源。本案所涉及的《建筑设计防火规范》就是由建设部于2006年7月12日以450号公告的形式发布的，在法律渊源上属于部门规章。同时《标准化法》第六条规定对需要在全国范围内统一的技术要求，应当制定国家标准。第十四条规定强化自行标准必须执

行。由此可见《建筑设计防火规范》具有部门规章的法律效力，其效力范围及于全国。尽管技术标准不具备法律规范的外形，也不是通过法律条文来规定人们的行为模式和法律后果，但是它通过设定量化的数值、指标、技术规范，来直接规定技术目标和工艺流程，通过行政机关对技术标准的反复适用来实现其规范性。这种技术标准具有技术规范和法律规范的双重属性，无论行政机关还是相对人都必须要遵守。

2. 推荐性标准是推荐使用的规范，对各方当事人不产生强制约束力。国家标准分为强制性国标（GB）和推荐性国标（GB/T）。推荐性国标是在生产、交换、使用等方面，通过经济手段或市场调节而当事人自愿采用的国家标准。推荐性国标一经接受并采用，或各方商定同意纳入经济合同中，就成为各方当事人必须共同遵守的技术依据，具有法律上的约束性。不过行政机关行政执法中不能因此要求当事人必须遵守。很多人认为只有强制性的标准属于法律规范，而推荐性的标准不属于法律规范。这种思路的错误之处在于将法律规范片面地理解为“命令性规范”，而忽视了大量“授权性规范”的存在。这些推荐性标准类似于法律条文中的“可以”条款，鼓励当事人使用，但不能强制当事人使用，行政机关也不能因此强制当事人必须使用。

3. 对被告在作出行政行为过程中存在的法律瑕疵，本院已经向其发出司法建议，认为根据《行政许可法》第三十八条关于“申请人的申请符合法定条件、标准的，行政机关应当依法作出准予行政许可的书面决定。行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的，应当说明理由，并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利”的规定，对申请人的行政许可事项不予许可的，应当作出不予行政许可的书面决定的，说明理由，写明相应的法律依据，并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。

编写人：江苏省苏州市吴江区人民法院　秦绪栋

41

被诉行政许可违反《行政许可法》第四十七条关于听证的规定是否必然被撤销或确认违法

——熊海俊诉南京市规划局规划行政许可案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省镇江市中级人民法院（2012）镇行终字第1号行政判决书

2. 案由：规划行政许可

3. 当事人

原告：熊海俊

被告：南京市规划局

【基本案情】

第三人中国人民解放军南京军区联勤部物资采购站为在南京市雨花西路建设经济适用住房，持项目批准文件、土地使用权证书等材料向被告南京市规划局申领该项目的规划设计要点。2009年8月被告经审核后向第三人作出宁规要点（2009）01992号《建设工程规划设计要点通知书》并附图。同年9月被告对第三人提交的该项目的报建方案进行了日照分析，12月被告向第三人作出宁规方案（2009）01662号《建设工程规划审定意见通知书》。2010年2月被告对该建设项目规划方案的相关内容在南京市规划建设展览馆公示厅、南京市规划局网站及建设项目现场进行了公示。2010年8月第三人在取得相关部门的审核意见后，持建设工程规划许可证申请表、项目批准文件、土地使用权属证书、规划设计要点、建设工程规划设计方案审定通知书、总平面图及有关部门对施工设计的审核意见等向南京市规划局申请领取该项目的《建设工程规划许可证》。被告于2010年9月7日向第三人颁发

了建字第320114201011287号《建设工程规划许可证》。后原告提起行政复议，2010年4月28日江苏省住房和城乡建设厅作出了维持原具体行政行为的复议决定，原告于同年5月24日向南京市鼓楼区人民法院提起行政诉讼，要求法院判令撤销被告颁发的建字第320114201011287号《建设工程规划许可证》。

原告熊海俊于2008年5月与中国人民解放军73681部队签订经济适用住房买卖契约，购得南京市雨花台区雨花西路房屋，该房屋位于本案所涉项目靠北方向，与拟建建筑之间直线距离超过30米。规划方案公示后，原告曾提出不同意见，对此被告进行了解释、回复。

【案件焦点】

被诉行政许可违反《行政许可法》第四十七条关于听证的规定是否必然被撤销或确认违法。

【法院裁判要旨】

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十二条规定："与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼。"本案原告基于与中国人民解放军73681部队签订的经济适用住房买卖契约，居住使用南京市雨花西路房屋，与被告作出的具体行政行为具有法律上的利害关系，具备本案的诉讼主体资格。

《南京市城市规划条例》第四十四条规定："建设单位申请领取建设工程规划许可证的审批程序：（一）建设单位提交建设项目的有效批准文件、土地所有权或使用权证书、拟建范围的地形图以及书面申请。规划管理部门划定拟建工程的规划设计范围或建设位置，提出规划设计要点。（二）建设单位报送拟建工程的设计方案图或初步设计图。规划管理部门审查同意后，发给设计方案审定通知书。（三）建设单位填报建设工程规划许可证申请表，并附拟建工程的施工设计图。规划管理部门审查同意后，核发建设工程规划许可证。"《江苏省城乡规划条例》第四十条规定："城乡规划主管部门应当就下列建设工程的修建性详细规划、建设工程设计方案、以公示、听证会、座谈会等形式，听取利害关系人的意见：（一）与居住建筑相邻，可能影响居民合法权益的；……。"本案中，第三人中国人民解放军南京军区联勤部物资采购站持合法有效的建设项目批准文件，土地使用权证明文件以及

工程设计附图，按照上述规定的要求向被告南京市规划局领取了规划设计要点，并按照规划设计要点确定的要求进行工程规划设计。后经被告审核取得设计方案审定通知书，第三人在南京市人防办、南京市建委等相关部门审查同意后，持《南京市城市规划条例实施细则》第三十七条规定所需的材料向被告申请领取《建设工程规划许可证》。被告对第三人提供的申请材料进行了全面审核，在确定日照分析结果对周边建筑的影响符合国家规定，退让用地边界以及楼间距均符合《南京市城市规划条例》及《南京市城市规划条例实施细则》确定的指标要求的情况下，向第三人颁发了本案所涉的《建设工程规划许可证》。在作出正式许可前就许可所涉建设项目的规划方案以在南京市规划展览馆陈列、现场及网站公告等方式进行了公示，并针对原告提出的不同意见通过网络回复和当面解释的方法进行了答复。被告颁发上述《建设工程规划许可证》的实体、程序符合相关法规的规定。

对于原告认为被许可建筑西南面退让用地边界不符合《南京市城市规划条例实施细则》对退让用地边界最低值要求的观点，本院认为退让用地边界距离并不等同于退让单次建设项目用地界限的距离，涉诉建设项目的退让用地边界符合相关规定。对于原告认为在被告作出许可过程中其程序性权利未得到保障的观点，本院认为被告以多种形式就规划方案进行了公示，并对原告提出的质疑进行了回复、解释，被告在作出行政许可前已听取了原告的意见，故被告虽然未告知原告享有听证的权利，但不足以因此撤销该行政许可。

依据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定判决：

驳回原告熊海俊的诉讼请求。

【法官后语】

本案争议的焦点在于被诉行政许可违反《行政许可法》第四十七条关于听证的规定是否必然被撤销或确认违法。

一种意见认为：《行政许可法》第四十七条中明确规定："行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的，行政机关在作出行政许可决定前，应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利；申请人、利害关系人在被告知听证权利之日起五日内提出听证申请的，行政机关应当在二十日内组织听证。"该规定并无例

外条款，本案中被告作出的规划行政许可显然属于对相对人有重大利益关系的许可事项，应当按照许可法的规定进行听证，被告许可未经听证程序确实违法，本案被告作出行政许可的行为违反行政许可法的规定，没有告知原告享有听证权利，程序违法应予撤销，至少也应当确认被诉具体行政行为违法。

另一种意见认为，听证程序设立的本来目的是要在行政行为作出之前让相关的利害关系人享有全面陈述自己意见的权利，保障行政行为作出时信息采集的全面性，为行政行为的作出提供更多的参考和依据。本案被告虽未严格按照《行政许可法》的要求告知原告听证权利并对原告的不同意见举行听证会，但实际上已经通过其他方式使原告知悉行政行为的全部内容，且原告已向行政行为的作出机关表达了自己的意见，被告虽未采用听证的方式进行但事实上已经达到了行政相对人行使听证权利应有的效果，被告已经对原告提出的意见纳入了作出行政行为时的考量范围，本案因听证程序撤销具体行政行为必然不改变重作行为的实体结果，被告通过其他方式将未听证的法律效果进行了补正，达到了法律程序设置的目的要求，不应认定行政行为违法。

上述两案处理观点交锋的背后，实际上给我们提出了一个现在司法实践中很少触及但普遍存在的论题，即：程序性违法的行政行为是否可以被治愈？治愈达到合法的标准是什么？

行政行为是处理公共利益和个人利益之间关系的行为。行政行为一经作出就需要尽快地确定并具有执行力以保障正常的行政秩序。不宜被反复审查或重作以保证行政效率和相关人的信赖利益。在行政行为程序违法时，除了有我们熟知的确认该行为无效、撤销该行为、确认该行为违法但保留其效力外、以还应包括“允许该行为经治愈后承认其效力及合法性”。一般而言，承认某一违法行政行为所保护的价值包含：行政效率价值、信赖利益价值、行政行为安定价值。否认违法行政行为后所维护的价值一般包含：行政处理中的个案正义价值、行政法治价值等。所以违法行政行为可治愈的法理基础概括来说就是：违法行政行为治愈后所保护的价值大于否认该行为后所保护的价值。违法行政行为的可治愈反映了法律对安定的追求，对程序经济和效率的考量，对信赖利益保护的尊重。

违法行政行为在作出行政行为时是违法的，所谓治愈是指违法行政行为在一定条件下，通过追加、补充或者其他方式，使违法行政行为欠缺的合法要件加以完

备，从而消除行政行为的违法性，使之转变为合法行政行为的制度。其制度设立目的是保障行政效率和行政行为的安定性，但若将此理论无限制地予以适用，将导致行政偏袒，忽视公民权利和行政程序的公正，影响行政法治的实现。因此在论及何种类型违法可被治愈之前首先应当设置一个普世的治愈准入门槛，即能被治愈的行政行为必须符合如下要求：

1. 程序的重新进行必然不会影响行政行为内容的变化。程序设置的目的是保障实体处理的正义。在通常情况下程序所承载的秩序价值的可保护性要高于实体处理所附带的效率价值，但如果对这种秩序价值保护将严重影响效率价值时，那么亦应当考虑通过治愈制度进行价值追求的权衡。

2. 不属于无效的行政行为。如果行政行为实体上重大违法，或虽然是程序和形式违法但“明显且重大”从而构成无效的，则不得治愈。所谓可治愈的行政行为必须是已经合法成立并有效的行政行为，才具备治愈的先决条件。

3. 被治愈的对象必须是违反实定法的规定，而非表意上的技术瑕疵。对于文字、计算、引用的错误属于技术类的瑕疵，在本质上并不是一种违法的情形，因此这种行为也不能被称之为治愈，而可以通过行政机关明确表意后予以更正。

行政诉讼司法实践中目前最为典型的违法行政行为治愈情形至少可以包含以下五类：

1. 行政行为作出时不符合规范要求，但在新规范中被追溯为合法。根据行政法治的要求，对行政机关行为的合法性要件要求是逐步提高，所以这种情形并不多见，但存在基于行政效率的考量适当降低行政行为要求和标准的情况，因此在新法律规范中如果肯定了原具体行政行为的作出方式或结论，那么可以认为这一行为因被新法律追溯而治愈。

2. 行政主体善意越权，事后被有权机关追认且不损害他人合法权益。例如在婚姻登记案件中，依照《婚姻登记管理条例》的规定，婚姻登记机关应在一方户籍所在地进行登记，男女双方在具备实质结婚条件的情况下，为图便捷在没有管辖权的其他地区登记机关登记结婚，后婚姻经营不善，男方要求确认婚姻无效。此时可以由有管辖权的婚姻登记机构对申请材料进行审查，符合结婚实体要件的，则可对该婚姻的有效登记作出追认以补强原登记机关管辖上的不足。可以被视为在特定条件下因有权机关追认而治愈。

3. 缺少第三方行政机关授权作出行为，事后得到追认。在需要多机关联合意思表示方能作出的具体行政行为中，部分机关未在行政程序中作出意思表示，但事后补充意思表示并对实体结果不产生影响的，也属于被追认而治愈。

4. 告知救济权利有瑕疵，事后补充告知不影响救济权利实现的。行政机关在作出具体行政行为时应当告知行政相对人相应的复议、诉讼救济权利，如在作出行政行为时这部分程序缺失，或履行不完整但行政机关通过事后补充告知的形式使得相对人知晓了相应权利，并且延迟知晓该权利的时点并未使相对人的权益遭到损害，那么这样的补救可认为是对之前瑕疵的治愈。

5. 虽未以法定方式进行程序，但不影响程序设置目的实现。在此种情形下，虽然行政机关没有按照法律规定的方式进行相应程序，但行政机关在行政行为的作出过程中或作出行政行为后通过其他形式达到了程序设置的目的，同样可以认为对程序起到治愈效果。本案中，行政机关虽然没有告知相对人具有听证的权利，但行政机关通过座谈会、听取意见、记录笔录、当面答疑、网上公示问答过程等一系列措施充分听取了所有利害关系人的意见，并作出了回应，实际上达到了在该案中应用听证程序所要发挥的功能。这亦属于在行政行为过程中对程序的一种修复或治愈。又如在公告程序中，法律规定公告时长为3个月，但在公告当天，能确切证明所有利害关系人均知悉公告内容，那么即使行政机关未达到公告要求的天数，也不能认为程序违法，这可以被认一种偶然治愈。

真正的行政法治不在于对撤销行政行为的一片叫好，而是对法律价值的平等保护。实践中法官们在面对“实可宽宥”的行政行为时出现矛盾的心理，以致在处理案件时对于一方提出针锋相对的质疑时，回避多回应少，本案中两级法院对原告提出的争议焦点给予了全面的回应，展现出违法行政行为治愈理论走向应用法学的光芒，值得推荐。

编写人：江苏省镇江市京口区人民法院　孙文　花秀骏

四、行政征收

42

人民政府组织实施征收土地的行为是否合法

——程寿昌诉福安市人民政府要求确认征收土地行为违法案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省宁德市中级人民法院（2012）宁行终字第18号行政判决书

2. 案由：土地行政征收

3. 当事人

原告（上诉人）：程寿昌

被告（被上诉人）：福安市人民政府

【基本案情】

2007年12月12日，福安市人民政府作出安政文［2007］479号《福安市人民政府关于福安市2007年度第一批次城市建设用地农用地转用和土地征收的请示》（下称安政文479号请示），拟征集体土地12.0288公顷，包括阳泉村园地7.278公顷，向福建省人民政府申请审批农用地转用和土地征收。2008年2月4日，福建省人民政府作出闽政地［2008］109号《福建省人民政府关于福安市2007年度第一批次城市建设农用地专用和土地征用的批复》（下称闽政地109号批复），同意福安市人民政府征用12.0288公顷农用地转为建设用地，其中就有阳泉村园地7.278公顷。福建省人民政府在批复中要求福安市人民政府在接到征地批复文件10日内按

照批准的征收土地方案发布公告并组织实施；批复同时载明自征地批准之日起两年内未实施征收土地方案的，本批准文件自动失效。福安市人民政府于2008年3月5日作出安政地［2008］40号《福安市人民政府关于2007年度第一批次城市建设征收土地方案的公告》（下称安政地40号征用土地方案公告）。该公告内容有关批准征地机关、批准文号、征用土地用途、位置、面积、补偿安置标准、安置办法、办理征收补偿期限等。福安市国土资源局于2008年3月25日作出安国土资［2008］75号《福安市国土资源局关于2007年度第一批次市征收土地补偿安置方案公告》（下称安国土资75号征地补偿安置方案公告）。该公告文内容有关补偿安置标准、征用土地面积、位置范围、经核准的补偿安置方案、补偿安置金额、安置办法、告知征询意见的期限和解决争议办法等。2008年1月28日，福安市人民政府下属机构福安市土地收购储备中心与阳泉村委会签订了《征收土地协议书》，约定由福安市土地收购储备中心征收阳泉村土地70亩。2010年3月18日，福安市土地收购储备中心与阳泉村委会又签订了一份《土地补偿协议书》，约定由福安市土地收购储备中心征收阳泉村土地13.02亩。自2008年1月29日起，福安市土地收购储备中心陆续转入阳泉村账户征地款，至2010年3月25日止，共转入征地款461.892万元。2010年3月19日，阳泉村委会向福安市国土资源局出具承诺书，保证拨付的征地款专项专用不挪作他用，并保证落实好征地补偿款和青苗及地上附着物赔偿款及时发放到户。

福安市人民政府认为其征收土地具体行政行为合法，并提供相应的文件、公告、照片等相关证据证明。而程寿昌认为讼争地的地类为菜地，被上诉人把菜地当作园地上报，拟订与申请征地程序违法，从而导致适用补偿标准错误。同时，《征收土地协议书》存在“未征先用”的情形，应认定无效，而且福安市人民政府在征地过程中，没有依法公告，严重违反法定程序。

【案件焦点】

福安市人民政府组织实施征收土地的行为是否合法，主要包括以下三点：1. 征收的地类是否错误，从而导致适用征地补偿标准错误；2. 征收土地方案和补偿安置方案是否依法进行公告，程序是否合法；3. 征地协议书是否存在“未征先用”的情形。

【法院裁判要旨】

福建省宁德市蕉城区人民法院经审理认为：因为程寿昌对于其主张的阳泉村被征菜地为蔬菜基地，已列入基本农田保护区不能加以举证，法院不予采信。但该土地的类型是耕地，而不是园地。虽安政文479号请示文内容存在瑕疵，但拟征地方案和提出征地申请程序是征用机关的内部程序，且安政文479号请示拟定征阳泉村土地的补偿费、安置补助费、青苗补偿费标准与水田补偿安置标准相同，本批次征地过程中拟征地方案和提出征地申请程序没有违反法定程序。虽然福安市人民政府作出征地公告在征地批准之日起十日后，但是征地公告内容符合相关法律规定，且实施征地行为没有超过批复两年的有效期限，发布征地公告的行为未违反法律、规章规定。福安市人民政府主张征用土地方案公告已在程寿昌所在的村、组内以书面形式公告，已举证证明，予以采信。

宁德市蕉城区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（一）项，《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定，作出如下判决：

驳回原告程寿昌的诉讼请求。

程寿昌持原审起诉意见提起上诉。宁德市中级人民法院经审理认为：程寿昌所提供的现场照片只能证明其曾经在讼争地种植蔬菜，但不能证明讼争地已被规划作为蔬菜基地，属于基本农田。福安市人民政府拟定征地方案属于行政机关的内部程序，批准征地的机关是福建省人民政府，均不属于本案审查范围。且根据相关法律规定，对征地补偿标准有异议的，应当依法向福建省人民政府申请裁决，也不属于本案审理范围。

针对是否依法进行公告的问题，从福安市人民政府提供的远近景公告照片上可以明确看出公告的内容和张贴的地点，可以证明发布过两公告的事实。福安市人民政府在发布征地公告上存在瑕疵，本院予以指正，但该瑕疵并不足以导致征地行为违法的后果。

福安市人民政府在福建省人民政府批准征地后才发布两公告，并办理征地补偿登记，不存在未征先用的情形。

宁德市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

随着城市的建设发展，关于政府征地方面的行政案件也日益增多，如何使对这类案件的判决做到合法合理合情，是所有行政办案人员需要深思的问题。

本案经历了四次审理，文中主要针对发回重审后的一、二审进行阐释。本案一、二审的审理思路基本一致，认为福安市人民政府已经按照《土地管理法实施条例》第二十五条规定的程序组织实施征收土地，征地补偿款已经转入阳泉村的账户，阳泉村被征地的大部分村民已经领取了征地补偿款。程寿昌主张福安市人民政府组织实施征地行为违法的理由，缺乏事实和法律依据，不予采纳。其提出福安市人民政府拟定征地方案不合法、征地批文不合法、补偿标准过低等问题，均不属于本案审理范围。

值得注意的是，由于行政案件具有不同于民事案件的特殊性，很多行政行为并不属于法院审理的范围，比如本案中拟征地方案、提出征地申请程序、征地批文、对征地补偿标准异议等问题，均需通过其他途径予以解决。因此，完善判后答疑制度，引导当事人选择正确途径反映自身诉求，真正做到案结事了，显得尤为重要。

编写人：福建省宁德市蕉城区人民法院　洪森森

43

非税局是否有权从非纳税主体的账户直接划拨土地使用权出让契税

——湖南东富集团醴陵新兴房地产开发有限公司诉醴陵市财政管理局、醴陵市非税收入征收管理局、醴陵市乡政财政管理局税务行政管理案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖南省株洲市中级人民（2012）株中法行终字第24号行政判决书

2. 案由：税务行政征收

3. 当事人

原告（被上诉人）：湖南东富集团醴陵新兴房地产开发有限公司

被告（上诉人）：醴陵市财政管理局（以下简称财政局）、醴陵市非税收入征收管理局（以下简称非税局）、醴陵市乡政财政管理局（以下简称乡财政局）

【基本案情】

2001年12月28日，醴陵市人民政府对醴泉小区建设进行公开投标，确定原告为该小区整体建设开发商，双方签订了《醴泉小区整体开发协议》，约定将位于醴陵城区车顿桥附近及五里牌村范围内的0.57平方公里的醴泉小区给原告进行整体开发。2007年4月27日，醴陵市人民政府召开醴泉小区建设相关工作会议，会议同意原告与江西省星港湾房地产开发公司（即星海置业有限公司）合作开发醴泉小区一号地块，按4%的标准计征土地契税。2007年6月9日，醴陵市人民政府与湖南星海置业有限公司签订了《醴泉路一号地块国有土地使用权招商投资协议》，在符合醴泉小区规划的前提下，同意湖南星海置业有限公司以挂牌方式取得市场用地兼住宅开发的醴泉路一号地块74918㎡土地使用权。2007年7月19日，原告与湖南星海置业有限公司达成《醴泉路一号地块投资协议》，湖南星海置业有限公司在已付2100万元人民币土地款的基础上，再付1100万元土地款给醴陵市国土资源局，用于原告偿还中国工商银行的抵押贷款，原告负责释放抵押在中国工商银行的原告的醴泉小区地块的土地证给醴陵市国土资源局，办理74918m^2的国有土地证给湖南星海置业有限公司。2009年6月19日，醴陵市人民政府《关于处理星海明筑建设项目有关问题的会议纪要》对契税的缴纳议定为项目红线范围内因国有土地出让应缴纳的契税，按照国家有关政策执行，由湖南星海置业有限公司缴纳；如在当时与市政府签订的招商引资合同中有明确约定的，则从其约定。原告另委托株洲瓷城拍卖有限公司拍卖醴泉小区三、四、五区内的61254m^2土地，株洲恒茂房地产开发有限公司中标。2009年8月4日，原告向乡财政局承诺："在2009年12月31日之前，我公司派工作人员王礼萍与乡财政局及时衔接，就醴泉小区原告开发的项目应缴的契税进行核算、核对。如经双方核算，核对应由我公司所应交的契税我公司一定如数交清。"次日，王礼萍出具了契税结算情况说明：截止2009年8月5日，

星海明筑及恒茂凯旋城共欠缴土地契税984160元。原告缴纳100000元后，认为自己不是开发项目的土地实际使用权人，依法无义务缴纳契税，事先的代缴与《中华人民共和国契税暂行条例》（以下简称《契税暂行条例》）相悖，故不再纳税。

2010年4月21日，原告与湖南荟萃置业有限公司（以下简称荟萃公司）因开发醴泉小区二号地段发生土地转让款纠纷，醴陵市人民政府组织双方调解，双方达成了调解协议，约定荟萃公司一次性向原告支付土地转让款3500000元，以了断双方所有的合同纠纷。2010年5月28日，荟萃公司将3500000元土地转让款汇入醴陵市人民政府指定的非税局国土收入过渡账户。2010年8月30日，非税局根据原告的承诺和星海明筑、恒茂凯旋城土地契税结算情况说明以及相关的会议纪要，确认原告欠缴星海明筑、恒茂凯旋城土地契税884160元，遂从原告的土地转让款中拨付884160元给醴陵市契税耕地占用税征收管理局（即乡财政局），次日，乡财政局向原告出具了（2009）湘契NO000691306号《中华人民共和国契税完税证》，并注明884160元为原告缴纳土地转让款之契税。原告认为，被告依法征税是其法定职责，但不能违反《契税暂行条例》所确定的受让土地的单位和个人为契税纳税人之法定原则，被告向非土地使用权人征收土地契税显然违法，故向法院提起诉讼，请求撤销被告于2010年8月31日向原告征收884160元土地契税的行政征收行为，立即返还该款，并要求被告自2010年7月9日起按银行同期贷款利率的4倍赔偿其利息损失。

【案件焦点】

上诉人非税局划拨被上诉人的款项作为星海明筑、恒茂凯旋城项目土地使用权出让契税是否合法。

【法院裁判要旨】

根据《契税暂行条例》第一条的规定。被上诉人出让星海名筑、恒茂凯旋城项目土地使用权给湖南星海置业有限公司和株洲市恒茂房地产开发有限公司，湖南星海置业有限公司和株洲市恒茂房地产开发有限公司应当是契税的纳税人，被上诉人并非星海名筑、恒茂凯旋城项目土地使用权出让契税纳税人。被上诉人与湖南星海置业有限公司和株洲市恒茂房地产开发有限公司以及醴陵市人民政府并无代缴星海名筑、恒茂凯旋城项目土地使用权出让契税的约定，非契税代缴义务人。被上诉人

已代缴星海名筑、恒茂凯旋城项目土地使用权出让部分契税，对此法律并不禁止，代缴部分契税的行为应当有效。被上诉人与上诉人乡财政局进行了核算，并出具了承诺书，被上诉人既非星海名筑、恒茂凯旋城项目土地使用权出让契税纳税人，也非契税代缴义务人，在其不愿再履行承诺时，该承诺书并不具有强制执行的效力，征税机关应当向土地使用权承受人湖南星海置业有限公司和株洲市恒茂房地产开发有限公司征收所欠契税。乡财政局和非税局虽然均属醴陵市财政局的下属机构，但均为独立事业法人，均有各自的职责范围，非税局并无征税职责，更无强制执行权力，财政局亦无强制执行权力，非税局按照财政局的要求根据被上诉人出具给乡财政局的承诺书直接划拨被上诉人的款项给乡财政局作为星海明筑、恒茂凯旋城项目土地使用权出让契税的行为明显不当，违反了相关的法律、法规的规定，对于给被上诉人造成的损失，应当承担赔偿责任。上诉人认为本案系债权债务关系，税务管理属于国家强制性行政管理，征税机关代表国家行使税务管理权，国家与纳税人之间并非平等主体之间的民事关系，而是税务行政管理关系。且上诉人也未提供本案属于债权债务关系的证据，其理由不能成立，本院不予支持。原审认定事实清楚，适用法律、法规正确，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1. 征税主体问题。

醴陵市非税收入征收管理局是否具有征税职责。醴陵市非税收入征收管理局职责为国有土地有偿收入的征收和非税收入的直接征收等。其并不具有征税的职能，更没有强制划拨的权力。

2. 被征税主体问题。

2007年6月9日，醴陵市人民政府与湖南星海置业有限公司签订了《醴泉路一号地块国有土地使用权招商投资协议》，在符合醴泉小区规划的前提下，同意湖南星海置业有限公司以挂牌方式取得市场用地兼住宅开发的醴泉路一号地块74918m^2土地的使用权，湖南星海置业有限公司办理了74918m^2的国有土地使用权证。湖南东富集团醴陵新兴房地产开发有限公司另委托株洲瓷城拍卖有限公司拍卖醴泉小区三、四、五区内的61254m^2土地使用权，株洲恒茂房地产开有限公司中标。《契税

暂行条例》第一条规定："在中华人民共和国境内转移土地、房屋权属，承受的单位和个人为契税的纳税人，应当依照本条例的规定缴纳契税"。本案中，醴泉路一号地块74918m^{2}土地使用权受让人为湖南星海置业有限公司，醴泉小区三、四、五区内的61254m^{2}土地使用权受让人为株洲恒茂房地产开有限公司。湖南星海置业有限公司和株洲恒茂房地产开有限公司系本案法定被征税主体，湖南东富集团醴陵新兴房地产开发有限公司在本案中并不属于被征税对象。

3. 税收代缴义务问题。

虽然湖南东富集团醴陵新兴房地产开发有限公司于2009年8月4日向乡财政局承诺："在2009年12月31日之前，我公司派工作人员王礼萍与乡财政局及时衔接，就醴泉小区原告开发的项目应缴的契税核算、核对。如经双方核算，核对应由我公司所应交的契税我公司一定如数交清。"并出具了契税结算情况说明：截止2009年8月5日，星海明筑及恒茂凯旋城共欠缴土地契税984160元。但湖南东富集团醴陵新兴房地产开发有限公司与湖南星海置业有限公司和株洲市恒茂房地产开发有限公司以及醴陵市人民政府并无代缴星海名筑、恒茂凯旋城项目土地使用权出让契税的约定，也没有法律、法规规定湖南东富集团醴陵新兴房地产开发有限公司为本案土地出让契税代缴义务人。所以，湖南东富集团醴陵新兴房地产开发有限公司并非本案土地出让契税代缴义务人。

编写人：湖南省株洲市中级人民法院　彭德华

五、行政处罚

44

下达《责令停止违法行为通知书》是否属于行政处罚行为

——周艳群诉湘潭市岳塘区水利局作出的潭岳水罚字［2011］1号行政处罚决定案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖南省湘潭市岳塘区人民法院（2012）岳行初字第2号行政判决书

2. 案由：水利行政处罚

3. 当事人

原告：周艳群

被告：湘潭市岳塘区水利局

【基本案情】

原告周艳群经营的湘潭市岳塘区焕发砂石场成立于2007年7月31日，经营范围为零售砂石，有效期至2009年5月27日止，2008年5月27日原告经营的焕发砂石场取得了《湖南省河道管理范围生产作业许可证》，行政许可项目编号：（2008）4号。在岳塘区双马镇云和村堤段建设（经营）砂场（码头），从事砂石（货物装卸）经营。2008年7月湘潭市人民政府提出为规范湘江河道城区段河道采砂秩序，实现河道砂石采挖经营的规范化管理，湘潭市水务局根据湘潭市人民政府的安排和部署于2008年9月停止办理湘江湘潭段河道管理范围内砂石场的审批换

证工作。2010年7月，根据相关法律法规和省委省政府的要求，湘潭市人民政府成立了湘潭市湘江河道采砂综合整治领导小组，开展河道采砂综合整治工作。原告在与其他股东协议未果的情况下，自动退出了新砂石场的组合。按照《湘潭市湘江河道城区段砂石市场运作方案》的要求，原告的《湖南省河道管理范围生产作业许可证》于2011年5月7日被湘潭市水务局在湘潭日报上公告废止，但原告在没有获得批准的情况下，仍然继续经营砂石场。被告依照《中华人民共和国水法》第三十七条、《中华人民共和国河道管理条例》第四十四条第四款、第五款以及《行政处罚法》第二十三条的规定，于2011年8月21日向原告下达了《责令停止水事违法行为通知书》，于2011年8月26日下达了潭岳水罚告字［2011］1号《行政处罚事先告知书》，于9月9日上午根据原告的听证申请举行了听证会，于2011年9月23日下达了《责令限期拆除违法建筑物、构筑物决定书》（潭岳水罚字［2011］第1号）。原告对《责令限期拆除违法建筑物、构筑物决定书》不服，于2011年11月23日向湘潭市水务局申请行政复议，湘潭市水务局于2011年12月28日作出了维持的决定。原告不服，于2012年2月20日向本院提起行政诉讼。

【案件焦点】

2011年8月21日被告湘潭市岳塘区水利局向原告周艳群下达的《责令停止水事违法行为通知书》是否是一种行政处罚措施。

【法院裁判要旨】

湖南省湘潭市岳塘区人民法院审理认为：《中华人民共和国水法》第三十七条第二款规定："禁止在河道管理范围内建设妨碍行洪的建筑物、构筑物以及从事影响河势稳定、危害河岸堤防安全和其他妨碍河道行洪的活动。"《中华人民共和国河道管理条例》第四十四条规定："有下列行为之一的，县级以上人民政府河道主管机关责令其纠正违法行为：（四）未经批准或者不按照河道主管机关的规定在河道管理范围内采砂、取土、淘金、弃置砂石或者淤泥、爆破、钻探、挖筑鱼塘的；（五）未经批准在河道滩地存放物料、修建厂房或者其他建筑设施，以及开采地下资源或者进行考古发掘的。"原告在湘江湘潭段岳塘区双马镇云河村地段河道管理范围内建设的焕发砂石场，其所持有的《湖南省河道管理范围生产作业许可证》已过有效期，并经被告于2011年5月10日被公告废止。原告目前属于无证经营和违

法经营。《中华人民共和国行政处罚法》第二十三条规定："行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。"《责令停止水事违法行为通知书》是因为原告未经新的许可仍在进行砂石生产经营活动，被告为责令其停止违法行为而作出，这种处理方式并无不妥。被告2011年8月26日作出的潭岳水罚告字（2011）1号《行政处罚事先告知书》，属于行政机关在作出行政处罚决定前对当事人的事先告知行为，事先告知其将要作出处罚决定的内容和其享有的权利，并不会对当事人的实体权利义务产生影响。湘潭市的湘江河道采砂综合整治工作已经基本完成，绝大部分砂石场已经整改组合完毕并进入正常经营。岳塘区焕发砂石场属于该次整顿的范围。焕发砂石场在《湖南省河道管理范围内生产作业许可证》已经过期并被公告作废后，没有参与重新组合并继续进行违法经营，属于应当拆除的情形。被告作出的《责令限期拆除违法建筑物、构筑物决定书》符合《中华人民共和国河道管理条例》第四十四条第四款、第五款以及《中华人民共和国行政处罚法》第二十三条的规定，本院应予支持。原告的诉讼请求所依据的理由不成立，本院不予支持。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定，判决如下：

驳回原告周艳群的诉讼请求。

【法官后语】

根据《行政处罚法》的规定及其精神，我国的行政处罚大致分四类：1. 警告等的申诫罚；2. 罚款、没收违法所得和非法财物等的财产罚；3. 责令停产停业、暂扣吊销许可证和营业执照等的资格罚（也称能力罚或行为罚）；4. 行政拘留等涉及人身权利的人身自由罚。由此可见，行政处罚就是由于生产经营单位和有关人员的行为违反安全生产法律、法规的规定，通过法定的处罚程序使其承受不利的法律后果；这种不利的法律后果就是对违法当事人的权利和利益作出限制和剥夺，或者科以惩罚性的义务。在这里，其权利和利益应当是每个守法者都能享有的，而义务应当是每个守法者所不需要履行或者付出的；否则，就不具有惩罚的性质，不是行政处罚，而是每个守法者所应为或者不为的。作为行政处罚，限制和剥夺某种权利和利益，或者科以某种义务，就是使违法当事人承担了比守法者更多的不利后果。

"责令停止违法行为"和"责令停产停业"字面相似、易混淆，但有着严格区

别。从形式与内容来看，“责令停止违法行为”，是对当前违法行为、状态的即时调整，从属于“责令改正或限期改正”的范畴（改正本身包括停止错误、转向正确）。“责令停止违法行为”是促使违法当事人恢复到在守法的情况所应达到的状态，停止法律禁止不能为的行为，或者依照法律法规应当履行的保障安全生产的义务，从其本质上来说，主要是纠正违法行为，有错必纠，都是教育性的，而不具有惩罚性。《行政处罚法》第二十三条规定：“行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为”。这一表述对于“行政处罚”和“责令改正或限期改正”作了明确区分。因此，不宜将其作为行政处罚。

此外，依据法理进行判断，“责令停止违法行为”和行政处罚的首要区别是“惩罚性”。惩罚，亦即法律制裁，是国家通过强制地对责任主体的人身、财产和精神实施制裁的责任方式。“责令停止违法行为”作为行政检查过程中的一个具体命令，本身不具备惩罚性。其次，行政处罚适用“一事不再罚”原则，行政主体在同一个违法案件当中不能以相同理由作出两次以上的行政处罚。但是“责令停止违法行为”却可以多次作出；遇到相对人不服从的，有时还可以对之实施后续处罚。

综上所述，“责令停止违法行为”作为行政检查过程中的一个执行命令，是一个“尚未成就”的具体行政行为，不具有可诉性，不能引发行政复议或行政诉讼。这和行政处罚有本质的不同。

编写人：湖南省湘潭市岳塘区人民法院　陈璐

45

从个案审理透视“被告负举证责任”分配规则的合理性

——郑卫林诉福州市公安局仓山分局交通巡逻警察大队道路行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省福州市仓山区人民法院（2012）仓行初字第17号行政判决书

2. 案由：道路行政处罚

3. 当事人

原告：郑卫林

被告：福州市公安局仓山分局交通巡逻警察大队

【基本案情】

2011年12月22日被告福州市公安局仓山分局交通巡逻警察大队以原告郑卫林在当日10时42分，驾驶闽AGS193号轻型普通货车在福州市仓山区福峡路（一号岗至螺排路口）实施在禁止掉头或者禁止左转弯标志、标线的地点掉头违法行为，违反了《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第四十九条第一款为由，对原告作出编号350104125206371《公安交通管理简易程序处罚决定书》，决定对原告郑卫林处以罚款150元。原告不服，向福州市公安局仓山分局申请行政复议，仓山分局于2012年2月21日作出仓公法复决字（2012）第001号《行政复议决定书》，维持了被告作出的编号350104125206371《公安交通管理简易程序处罚决定书》。原告于2012年2月22日向被告缴纳了罚款150元及滞纳金150元，合计300元。因原告对被告的处罚决定不服，遂于2012年3月9日向本院提起行政诉讼，请求撤销被告作出的编号350104125206371《公安交通管理简易程序处罚决定书》，并承担本案诉讼费。

【案件焦点】

被告福州市公安局仓山分局交通巡逻警察大队无法举证证明原告违法事实的存在是否会导致简易程序处罚决定的撤销。

【法院裁判要旨】

福建省福州市仓山区人民法院经审理认为：根据《中华人民共和国道路交通安全法》第五条、第八十七条的规定，被告福州市公安局仓山分局交通巡逻警察大队作为福州市仓山区道路交通安全行政主管机关，其有权对发生在本辖区范围内的道路交通安全违法行为行使管辖权。

原告郑卫林于2011年12月22日10时42分驾车在行经福峡路（一号岗至螺排

路口）实施违法掉头的行为，违反了《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第四十九条第一款的规定，被告根据《福建省实施〈中华人民共和国道路交通安全法〉办法》第六十九条第（五）项的规定对原告作出150元的罚款决定正确。同时，根据《中华人民共和国道路交通安全法》第一百零七条、《道路交通安全违法行为处理程序规定》第四十一条第一款的规定，对道路交通违法行为人处以警告或者二百元以下罚款，可以适用简易程序当场作出行政处罚决定，并出具行政处罚决定书。被告适用简易程序对原告作出《公安交通管理简易程序处罚决定书》，将该处罚决定书交给原告签名后当场交付给原告，被告作出的行政处罚程序合法。至于原告主张其没有实施违法掉头的行为，因原告在简易程序处罚决定书上签名时并未对执勤交警所认定的违法事实提出异议，且目前也无相反证据证明执勤交警存在滥用职权的行为，故原告请求撤销被告作出的编号350104125206371《公安交通管理简易程序处罚决定书》的诉讼请求没有事实和法律依据，本院不予支持。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定，判决如下：

驳回原告郑卫林的诉讼请求。

一审宣判后，原、被告均未提出上诉。

【法官后语】

本案的争议焦点为原告郑卫林于2011年12月22日10时42分驾车在行经福峡路（一号岗至螺排路口）是否实施了违法掉头的行为。被告为了证明原告驾车实施违法掉头的行为，仅仅提供了编号350104125206371《公安交通管理简易程序处罚决定书》这份证据。根据我国现行的《行政诉讼法》的规定，被告应当对其作出的具体行政行为的合法性承担举证责任，行政机关应当遵循“先取证、后裁决”的原则，禁止在未取得充分证据的情况下作出裁决。显然本案的被告仅仅提交了其作出的被诉具体行政行为——简易程序处罚决定，而未能向法院提交有效的证据以证明原告存在违法行为，基于此，本案似乎已经有了明确的裁判结论：鉴于被告未能举证证明原告存在违法行为，因此应撤销被告对原告作出的行政处罚决定。

但是，笔者认为，现代司法者不应是“简单输入法律规则、输出裁判文书的机器”，其在适用法律时应当结合案件的具体情况，根据司法原则、法律精神以及日

常生活经验和对社会生活的深刻理解作出具有积极指引作用的公正判决。本案争议的事实发生在交通执法这种比较特殊的行政管理领域，类似于本案这种违法驾车的行为往往是瞬间发生，执勤交警通常适用简易程序对违章驾驶者作出处罚，而且处罚轻微。交警主要是根据自己看到的事实作出相应的行政处罚，这种看到的违法行为因为具有转瞬即逝性而难以固化为证据，因此一旦发生诉讼，行政机关很难用证据向法院证明被处罚人的违法事实。考虑到执勤交警的现场执法行为是基于维护公共交通秩序与安全，是保护公民生命健康安全所必需的，如果因为无法向法院提供证据证明其处罚决定的合法性而被法院判决撤销的话，鉴于判决的指引作用，结果可能助长了某些驾驶员抱有侥幸心理而导致违章驾驶者数量增多；或是导致执勤交警对转瞬即逝的违法行为采取“消极不作为”的放纵处理；显然上述两种结果都不是公众所期待的。因此，对这种瞬间性的违法行为，我们应当信赖和尊重代表社会公权力的交警对事实的认定，除非当事人能够提供较为充分的证据证明自己不存在违法事实或者交警存在滥用职权的事实。综上，基于对执勤交警所代表的公共利益与原告个人利益的衡量，从维护公共安全利益的角度出发，本案确认被告所认定的事实具有真实性，从而作出了驳回原告诉讼请求的判决。

编写人：福建省福州市仓山区人民法院　李晓红

46

对行政处罚判决变更的要件

——无锡市盛达拆房有限公司诉无锡市城市管理行政执法局行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市滨湖区人民法院（2012）锡滨行初字第0007号行政判决书

2. 案由：城建行政处罚

3. 当事人

原告：无锡市盛达拆房有限公司（以下简称盛达公司）

被告：无锡市城市管理行政执法局（以下简称市城管执法局）

【基本案情】

2011年5月10日下午，市城管执法局接到举报称在江海东路广丰二村出口处有毁绿情况。市城管执法局派员巡视至现场后发现情况属实，经调查询问初步认定为盛达公司所为。因盛达公司未提供相关合法审批手续，涉嫌构成损坏花草树木的行为。市城管执法局于当日立案调查，根据现场照片及现场检查笔录、询问笔录等材料，查明盛达公司在未办理相关园林审批手续的情况下，于同年5月8日在施工时因房屋围墙倒塌，使绿化带内的花草树木被毁坏。经现场测量计算，毁坏高60厘米的银边黄杨288株，高80厘米的丝兰180株，高120厘米的紫薇12株，胸径10厘米的广玉兰5株，现树木已经全部死亡。

同日，市城管执法局依照《无锡市城市管理相对集中行政处罚权办法》第三十条规定，将当事人调查材料及《损坏花草树木认定通知书》送无锡市市政和园林局认定。该局于同年5月11日出具认定意见：认定盛达公司损坏花草树木的行为未办理相关审批手续。二日后，该局作出损坏城市绿化价值确认书，根据《无锡市城市绿化及其设施损坏赔偿办法》的规定，确认损失的树木价值为232700元。

《江苏省城市绿化管理条例（修正》）第二十三条第一款规定："违反本条例规定，有下列行为之一的，由城市建设（园林）行政主管部门责令停止侵害，可以并处损失费一倍以上五倍以下的罚款；……（一）损坏城市树木花草的"。市城管执法局认为，盛达公司在未办理相关审批手续的情况下损坏了树木花草，违反上述法规规定，应承担相应的责任。市城管执法局于2011年8月10日向盛达公司送达行政处罚事先告知书，并告知其有陈述、申辩和要求听证的权利。次日，盛达公司提交陈述申辩材料。同年9月17日，市城管执法局经集体讨论决定，对盛达公司损坏树木花草的行为按损失费的四倍罚款，即罚款930800元。同年10月15日，市城管执法局作出锡城执案字［2011］第202135号行政处罚决定书，以盛达公司未办理相关园林审批手续，毁坏绿化带内的花草树木为由，对盛达公司处以立即整改、并处罚款930800元的行政处罚。该决定书于同年10月19日邮寄送达盛达公司。

另查明，2011年6月，盛达公司补种了10棵胸径为5厘米的广玉兰。其后，

无锡市园林工程有限责任公司已将其余毁坏的树木全部补种完毕，盛达公司遂未再继续补种。

【案件焦点】

1. 城管执法局最终对毁绿行为未作出认定，先前作出的证据登记保存行为是否合法；2. 若登记保存行为违法，是否应当按照国家赔偿的规定进行赔偿。

【法院裁判要旨】

2007年7月23日施行的《无锡市城市管理相对集中行政处罚权办法》第九条第（三）项规定："市城市管理行政执法部门依照城市绿化管理方面的法律、法规、规章的规定，制止、查处违反城市绿化管理规定的行为，配合城市绿化主管部门纠正损坏绿化及设施等行为。"第十三条规定："行政处罚权相对集中后，有关部门不得再行使由市城市管理行政执法部门集中行使的行政处罚权。"本案中，市城管执法局有权在辖区内针对涉嫌毁绿的行为具体实施行政管理和执法行为。

《中华人民共和国行政处罚法》第三条规定："公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。"市城管执法局接到举报后对现场进行勘察，对盛达公司的委托代理人吴锡坤、职工周西平以及广益社区的管某所作的调查询问笔录具有一致性。被告提供的证据足以证明损坏树木花草的违法行为是由盛达公司所为。故对于原告盛达公司认为被告处罚对象错误的诉称，本院不予采信。市城管执法局对举报的涉嫌毁绿行为依法进行立案、调查，向相对人发出了行政处罚告知书，经集体讨论后及时作出和送达行政处罚决定书，行政处罚的程序符合法律规定。

《中华人民共和国行政处罚法》第二十七条规定："当事人有下列情形之一的，应当依法从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的"。原告盛达公司是由于拆除厂房时致使围墙倒塌毁绿，其主观上存在一定过失，但毁绿的故意程度较低。发生毁绿事实后，盛达公司采取了积极补种部分树木的措施，有积极主动减轻毁绿后果的态度，没有全部补种是因为发生其他部门种植了余下树木的客观情况。市城管执法局在作出行政处罚时应充分考虑原告违法行为的主观过错程度及主动改正违法行为的态度和改正措施所产生的效果等情节。无锡市市政和

园林局认定盛达公司损坏树木花草的损失价值总额为232700元，该结论可以作为处罚依据。市城管执法局在法律规定的可处树木损失价值的一至五倍罚款幅度内按照损失价值的四倍罚款930800元，明显超出了合理处罚范围。《中华人民共和国行政诉讼法》规定："行政处罚显失公正的，可以判决变更"。本院认为变更行政处罚额度为损失价值的一倍，即罚款232700元较为适宜。

关于原告提出应根据树木的补种价值计算损失额度的主张，因毁坏绿地的损失价值是由无锡市市政和园林局依据《无锡市城市绿化及其设施损坏赔偿办法》规定的标准进行价格认定，并非依照被毁树木的现行市场价格计算，原告的该主张无法律、法规依据，本院不予支持。原告认为根据2004年7月1日施行的《无锡市城市绿化管理条例》第二十五条第（二）项"擅自移伐、截干树木或者虽经批准砍伐但未按照规定补植的，处以损失费一倍以上五倍以下罚款"的规定，其不构成擅自移伐截干树木，不应受到处罚的意见，本院认为《无锡市城市绿化管理条例》是根据《江苏省城市绿化管理条例》而制定的，《江苏省城市绿化管理条例》明确规定损坏城市树木花草的，并处损失费一倍以上五倍以下的罚款，故对原告的该项意见不予采信。

综上，市城管执法局所作的锡城执案字［2011］第202135号行政处罚决定书，事实清楚，证据充分，符合法定程序，但处罚结果明显偏重。

无锡市滨湖区人民法院依照《中华人民共和国行政处罚法》第二十七条、《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（四）项、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定，判决如下：

一、变更被告无锡市城市管理行政执法局作出的锡城执案字［2011］第202135号行政处罚决定的第（二）项处罚内容为缴纳罚款232700元；

二、驳回无锡市盛达拆房有限公司的其他诉讼请求。

【法官后语】

行政处罚法规定的行政处罚是指行政机关在公共行政管理领域中对公民、法人或者其他违反行政管理秩序行为所给予的一种法律制裁。法院经审查后认定的合法的行政处罚应当具备以下五个条件：1. 作出行政处罚的组织具有处罚主体资格和

处罚管辖权；2. 符合法定的行政处罚程序的要求；3. 行政处罚决定认定的事实清楚，主要证据确凿；4. 适用法律、行政法规正确；5. 不存在显失公正情形。在本案中，前四项条件均满足，故本案被告依照《无锡市城市管理相对集中行政处罚权办法》具有行使行政处罚的职权，在查处涉嫌毁绿的违法行为时，可以作出行政处罚。但法院审查被告在作出行政处罚时必备要件是：1. 行政相对人实施了违反行政管理秩序的行为；2. 行政相对人在主观上有过错；3. 该行为产生社会危害后果。同时具备上述三个条件的，行政机关可以给予行政行政罚，否则，即属于违法。本案中，被告作出行政处罚时未对行政相对人的过错及危害后果作出评判，故所作行政处罚轻重失衡。毁绿行为是原告在拆房时，未尽审慎注意义务，致使围墙倒塌压坏绿化带，属于因过失造成的毁绿行为；事后原告主动补种部分树木的行为，属主动消除危害后果的表现。上述事实是减轻处罚的情节，应当在处罚幅度（一至五倍罚款）中有所体现，除非被告能提供证据证明毁绿行为人主观过错及行为的危害后果较重，否则给予四倍罚款就明显属于处罚失当。可以判决变更行政处罚。

判断被诉行政处罚决定是否存在显失公正的问题，除应当考虑实施违法行为的起因、后果、情节、社会危害性外，还应考虑有无法定从重或者从轻的处罚情节。在本案中，根据行政处罚法规定，原告在事后主动补种被损坏的树木，属于主动消除或者减轻违法行为的危害后果的行为，应当依法从轻或者减轻行政处罚。

对原告提出的四项诉讼请求，法院在判决书中明确回应：1. 被告符合作出行政处罚主体资格和具有处罚管辖权；2. 被处罚主体正确。根据法律规定，违法行为责任人是实施违反行政管理秩序行为的公民、法人或者其他组织。故旧厂房围墙倒塌毁绿应当由致使倒塌结果发生的行为人（即本案原告）承担行政责任，而不是由围墙建设方或产权人承担责任；3. 定损基数是根据地方性法规规定，属合法依据。原告提出的依照补种树木价值计算损失的主张无法律依据，因为毁绿造成的损失不是以补种相应的树种价值计算，而是以《无锡市城市绿化及其设施损坏赔偿办法》规定的标准计算；4. “意外”倒塌毁绿和擅自移伐、截干树木在本案中并无本质的区别，该“意外”是原告在拆除围墙时应当预见但由于疏忽大意而没有预见，或已经预见而轻信能够避免的心态。属于过失情形，只是其过错在严重程度上有差别。法院对原告主张无法支持。依照司法解释的规定应当判决驳回原告的诉讼请求。

编写人：江苏省无锡市滨湖区人民法院　李旭强

47

对信赖保护应予有限延伸与适度平衡

——黄祖华诉莆田市执法局城建行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省莆田市中级人民法院（2013）莆行终字第53号行政判决书

2. 案由：城建行政处罚

3. 当事人

原告（上诉人）：黄祖华

被告（被上诉人）：莆田市城市管理行政执法局（以下简称市执法局）

【基本案情】

原告黄祖华经营的莆田市涵江恒好商务宾馆因缺少第二消防安全通道，被纳入整治范围内。2012年3月间，经涵江区人民政府召集消防部门、城市执法部门现场办公，原告黄祖华应消防部门要求在该宾馆西边与原告所有相邻同向的另一幢楼房东边之间巷道上空铺设二至五层钢结构走廊，用于宾馆的消防安全通道。后经消防部门验收合格，莆田市涵江恒好商务宾馆取得《公众聚集场所投入使用营业前消防安全检查合格证》，并办理了特种行业许可证、个体工商户营业执照、税务登记证、组织机构代码证等。

后某市城市执法部门接相邻小区部分居民投诉与信访，以黄某某未取得建设工程规划许可证就擅自进行建设为由，向其发出责令改正通知书，限期自行拆除。期限届满，黄某某未自行改正。城市执法部门于2012年7月对黄某某作出处罚决定：限期拆除该宾馆钢结构户外走廊式消防安全通道（拆除期限为2012年7月11日至2012年7月21日）。

【案件焦点】

1. 本案作为由行政指导、行政许可引发的行政处罚案件，能否引入信赖保护原则进行审查；2. 如引入信赖保护，在天桥确未批先建的情况下，能否给予信赖保护；3. 如进行信赖保护，能否进行存续保护。

【法院裁判要旨】

原审法院认为：原告黄祖华未取得建设工程规划许可证，在讼争的巷道上空铺设二至五层钢结构走廊。被告根据《中华人民共和国城乡规划法》第六十四条的规定对原告作出行政处罚决定，认定事实清楚，证据充分，适用法律正确，程序合法，依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定，判决：驳回原告黄祖华诉讼请求。本案案件受理费人民币50元，由原告黄祖华负担。

一审宣判后，黄祖华不服，向莆田市中级人民法院提起上诉。

二审法院认为：本案应适用信赖保护。

其一，存在信赖基础。从行政惯例分析，三个行政机关的现场办公虽未形成正式文本，但其作为行政机关联合执法的实践做法，被广泛采用，并得到公众的认可，足以形成行政惯例上的信赖保护。从职能部门的态度进行考查，虽然消防职能不能代替规划职能，但无论消防部门或是城市执法部门，其作出的行为均代表政府的行为，具有公信力。且消防部门提出方案时，在场的城市执法人员未作出否认的意思表示，在该特定情景下，以理性自然人判断标准，相对人有充分理由相信城市执法部门持默认态度，即"信赖利益的存在不以明确表示为前提，行政机关的不置可否也可构成信赖利益"。从后续行为上考查，黄某某根据行政机关的指导，建设天桥后，消防部门为其颁发了《消防安全检查合格证》，作出了有效成立的行政行为，更加固了信赖基础。

其二，存在信赖表现。黄某某在取得《消防安全检查合格证》后，办理了特种行业许可证、个体工商户营业执照、税务登记证、组织机构代码证。因为投入了大量资金，对酒店进行正常经营。可见，黄某某已经证明其已经知悉了所信赖的具体行政行为，并且之后进行了与该信赖相吻合的生产安排等行为。

其三，信赖值得保护。从法律规定上分析，《中华人民共和国行政许可法》第六十九条第二款、第四款明确规定："被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行

政许可的，应当予以撤销，被许可人基于该行政许可取得的利益不受保护。但现有证据无法证明黄某某以欺诈、胁迫或贿赂等不正当手段取得行政行为”。整改方案是消防主管部门现场办公时主动提出的，事后黄某某主动执行的行为是对行政机关的信赖以及对法律的尊重，故其行为是善意且无重大过失的，应获得信赖保护。

据此，为了保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权，促进诚信政府建设，衡平各方利益，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（四）项、第六十一条第（三）项的规定，判决：

一、撤销莆田市涵江区人民法院（2012）涵行初字第55号行政判决；

二、变更被上诉人莆田市城市管理行政执法局于2012年7月11日向上诉人黄祖华作出的第Z4000039号行政处罚决定主文内容为：限期拆除钢结构户外走廊式消防安全通道（拆除期限为上诉人黄祖华停止经营莆田市涵江恒好商务宾馆之日起十日内）。

本案一审案件受理费人民币50元，二审案件受理费人民币50元，由上诉人黄祖华承担人民币50元，被上诉人莆田市城市管理行政执法局承担人民币50元。

【法官后语】

信赖保护体现了法律安定性具有普适性，不因行政行为的不同而有所区别；信赖保护是依法行政的基本要求，所有行政机关在作出行政行为时均应遵守；司法实践对信赖保护的适用是稳健扩张的；行政指导及后续行为亦可产生信赖继承，理应对先行为是否存在信赖保护进行审查。对是否保护的问题，违法状态不必然存在违法行为，应适用归责原则进行判断；不能将信赖利益简单地等同于个人利益，其是个人正当利益、政府诚信利益、社会稳定利益的综合体；公共利益不当然大于信赖利益，应同等对待，个案衡量，并根据行政相对人存在信赖基础、信赖表现、利益值得保护的情况，决定是否应给予信赖保护。对如何平衡的问题，应引入经济分析法，在收益最大、损失最小的情况下，对可能损害公共利益的信赖利益亦可给予存续保护，并根据案件实际情况，进行二次利益衡量，对信赖保护利益的主体、事项、期限作出限制，通过方案优化，努力促成信赖利益与公共利益共存与和谐。

编写人：福建省莆田市中级人民法院　林天明

48

无用工主体资格的个人拖欠农民工工资该处罚谁

——森松林公司诉市人社局社会保障行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省宜昌市西陵区人民法院（2012）鄂西陵行初字第18号行政判决书

2. 案由：社会保障行政处罚

3. 当事人

原告（上诉人）：宜昌森松林建筑装饰工程有限公司（以下简称森松林公司）

被告（被上诉人）：宜昌市人力资源和社会保障局（以下简称市人社局）

【基本案情】

2011年6月1日，原告森松林公司与华祥投资公司签订《施工合同》约定：华祥投资公司将一楼盘装修工程承包给原告，合同价款400万元。同日，原告与张新安签订《施工合同》，将前述工程转包给张新安。原告收取17%的管理费。同年6月10日，原告出具授权委托书，委托李柏华为原告公司的全权代理人，代理原告公司在华祥投资公司的一切事宜；代理期限为126天。同年6月8日，原告委托李柏华雕刻“森松林公司华祥项目部”印章一枚。之后，张新安以“森松林公司华祥项目部”的名义，又将该工程分项分包给了何宗群、镇锋等人。同年11月2日，原告与张新安、李柏华二人就涉案工程签订《补充合同》一份，约定：张新安、李柏华须按照建设单位要求10日内工程全部完工，张新安、李柏华要求森松林公司只能按工程造价的20%作为管理费，工程税款由森松林公司缴纳；张新安、李柏华须按建设单位签字同意的质量工期承诺书中的要求完成全部施工任务；张新安、李柏华须严格按照建筑安全管理规范施工，购买现场施工人员的意外伤害保险及在建工程保险，其费用由张新安、李柏华承担等。同日，原告公司向华祥投资公司出具

委托书一份，约定由李柏华、张新安编制工程所需资金计划，经原告公司和建设单位同意，按所拨付工程款的80%以现金方式分批次支付给张新安、李柏华，并监督二人按所报资金用途支付到位。

同年11月因“森松林公司华祥项目部”拖欠施工人员的工资，同年11月28日，被告向原告下发《限期改正指令书》，后履行了相关程序，依据《劳动保障监察条例》第三十条第一款第（三）项之规定，作出006号行政处罚决定：对原告处以罚款18000元的行政处罚。原告不服，在规定的期限内向法院提起行政诉讼。

【案件焦点】

1. 承包者个人拖欠工资行为是否应该由发包方偿还；2. 个人承包者拖欠工资能否将发包方原告纳入行政处罚范围；3. 拖欠民工工资的建筑分包企业、承包企业，以及建设单位是否应受到处罚。

【法院裁判要旨】

湖北省宜昌市西陵区人民法院认为：《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定：“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的企业承担用工主体责任。”华祥投资公司将华祥商贸中心4－6号楼内装修工程发包给了原告后，原告又将该工程转包给自然人张新安、李柏华，根据相关法律规定，自然人张新安、李柏华不具备建筑企业的用工主体资格。因此，张新安、李柏华在涉案工程中招用的施工工人，应由原告承担用工主体责任。国务院《劳动保障监察条例》第三十条第一款第（三）项规定：“用人单位经劳动保障行政部门责令改正拒不改正，或者拒不履行劳动保障行政部门的行政处理决定的，由劳动保障行政部门处2000元以上2万元以下罚款。”森松林公司华祥项目部在涉案工程中存在拖欠施工人员工资的行为；被告责令原告限期改正后，原告逾期没有改正。被告依据上述事实和法律，对原告处以罚款18000元行政处罚的证据确实充分，适用法律、法规正确。原告称将涉案工程承包给了张新安，其拖欠工人的工资与其无关的辩解不能成立。另原告将涉案工程转包给张新安、李柏华后，委托李柏华雕刻了“森松林公司华祥项目部”印章，由张新安、李柏华全权负责该工程的施工及人员管理。因此，张新安、李柏华根据施工人员的实际工作量出具的完工单和

工资证明具有证明力，对于在行政程序中被告采信上述证据的做法本院应予以支持。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（一）项的规定，判决：维持被告宜人社罚字［2011］第006号行政处罚决定。

湖北省宜昌市中级人民法院，根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

目前，劳动保障监察部门筹集资金垫付用人单位拖欠农民工工资后，用人单位没有偿还能力的情况时有发生。劳动保障监察部门筹集的资金来源一般为政府财政，而“垫付”行为没有相应的制度规范，急易造成新的违规，出现新矛盾。因此，如何建立杜绝拖欠农民工工资现象发生的长效机制，已经成为我们应该思考的问题。自从有农民工开始，就有了“包工头”，“包工头”大都没有承揽工程所必需的《营业执照》和相关资质，也缺乏承担相应风险责任的能力。如果“工程干赔”，即使劳动监察部门处理或法院判决其支付农民工工资，由于根本就没有相应的支付能力，其家中又无财产可供执行，致使农民工的工资也化为泡影。要解决建筑领域等拖欠农民工工资问题，笔者认为，就建筑领域而言，应从以下方面入手：一是加强行政执法。对拖欠民工工资的建筑分包企业、承包企业，以及建设单位，由劳动监察部门分别给予行政处罚，目前法律规定的处罚形式是罚款；对拖欠民工工资的具体数额，由劳动监察部门调查核实后，对建筑分包企业、承包企业，以及建设单位，由劳动监察部门分别给予行政处理，要求分包企业、承包企业，以及建设单位在一定期限内支付拖欠的农民工工资。二是加强司法监督。加强劳动监察部门对拖欠民工工资行政处理决定非诉执行案件的执行；对拖欠民工工资的建筑分包企业、承包企业，以及建设单位的责任人，构成犯罪的，追究其刑事责任。三是加强拖欠农民工工资民事案件的审理与执行。无财产可供执行，申请人又是特困群体的，可以依法进行司法救助。四是在党委、政府支持下，建立“农民工特困群体司法救助基金”。政府财政资金是纳税人依法缴纳的税金，财政资金不能为个别用人单位拖欠农民工工资的行为买单。对于双方均为农民工，被执行人又无财产可供执行，申请人又是特困群体的，依法进行救助以解决农民工燃眉之急。

编写人：湖北省宜昌市西陵区人民法院　向建军

49

遏制“枪手”现象亟待教育行政管理的规范

——李×诉湖北省教育考试院教育考试行政处理案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省武汉市武昌区人民法院（2012）鄂武昌行初字第00066号行政裁定书

2. 案由：教育行政处理

3. 当事人

原告：李×

被告：湖北省教育考试院

【基本案情】

2012年2月25日，清华大学美术学院造型艺术专业在鄂招生素描考试过程中，监考员发现持有李×准考证的考生并非其本人，当即询问，该考生承认其为李×的代考生孙×。湖北省教育考试院标准化考场当即对李×作出《2012年外省普通高校艺术专业在鄂招生艺术考试违规处理通知书》，决定取消李×本次考试各科成绩，同时取消其当年度高考文化课考试资格。该《处理通知书》上载明处理依据为教育部18号令《国家教育考试违规处理办法》，考生依法享有陈述权、申辩权，如对本规定（决定）不服，可在收到本通知书之日起15日内向省级考试机构以书面形式提出陈述、申辩意见以及相应事实、理由和证据，逾期视为放弃权利，并加盖“湖北省教育考试院标准化考场”印章。孙×在《处理通知书》上考生签名栏写明“代考生孙某”和“考生回执单由我转交给考生本人”后签名。

2012年3月3日，李×在标准化考场准备参加中央美术学院在鄂招生专业考试时，被该考场监考员告知其已被取消2012年度高考文化课考试资格及2月25日考试各科成绩。2012年3月6日起，原告监护人多次到被告处提出异议，被告未进行

书面复核，未举行听证，未制作和向李×送达正式的考试违规处理决定书。

【案件焦点】

被诉行政行为适用法律、法规是否正确，是否违反法定程序。

【法院裁判要旨】

武汉市武昌区人民法院经审理认为：被诉行政行为主要存在以下三个问题：

一、适用法律、法规错误。省考试院标准化考场作出违规处理通知取消李×当次考试的各科成绩，同时取消其当年度高考文化课考试资格。被告提供的依据是教育部18号令《国家教育考试违规处理办法》。依该办法第六条、第九条的规定，对代考作弊行为的处罚为“其当次报名参加考试的各科成绩无效”，其中并没有规定可以取消当年度其他考试成绩和取消当年度考试资格。取消当年度其他考试成绩和取消当年度考试资格在教育部33号令中予以规定，但教育部33号令发布时间为2012年4月12日，李×由他人代考的行为发生在2月25日，新办法对原告的行为无溯及力，应当适用当时有效的教育部18号令。省考试院标准化考场取消李×报考的其他学校的考试成绩及取消其当年考试资格的做法超出了教育部18号令的规定。

二、被诉行为违反法定程序。教育部18号令第二十五条规定：“教育考试机构在对考试违规的个人或者单位作出处理决定前，应当复核违规事实和相关证据，告知被处理人或者单位作出处理决定的理由和依据；被处理人或者单位对所认定的违规事实认定存在异议的，应当给予其陈述和申辩的机会。被处理人受到停考处理的，可以要求举行听证”。第二十六条规定：“教育考试机构作出处理决定应制作考试违规处理决定书，载明被处理人的姓名或者单位名称、处理事实依据和法律依据、处理决定的内容、救济途径以及作出处理决定的机构名称和作出处理的时间。考试违规处理决定书应当及时送达被处理人。”2012年2月25日标准化考场作出的违规处理通知未及时送达被处理人李×。2012年3月3日在中央美术学院招考中，监考人员拒绝李×参加考试，该违规处理通知已经对李×的权利产生了实际影响。3月6日，李×的监护人就该行政处理向被告提出异议，被告履行了听取原告陈述、申辩和告知其可以要求听证的权利，没有按法定形式作出考试违规处理决定书，属违反法定程序。

三、被诉行为超越职权。根据教育部18号令第四条和第二十一条的规定，湖北省教育考试院是经上述规章授权，具有依法认定和处理考试违规行为的法定权力。湖北省教育考试院标准化考场是被告的内设机构，不具有执法主体资格，无权以自己的名义对外作出涉及考生权利义务的行政处理行为，其作出的《违规处理通知书》属超越职权。

被诉行政行为适用法律、法规错误，违反法定程序且超越职权。对于原告李×要求撤销被告作出的行政处理的请求应予以支持。对于其诉称本人不知有人替考，不应受处理的请求，于法无据，不予支持。被告称其作出考试违规通知法律依据明确，程序合法的理由缺乏事实依据和法律依据，对于其要求维持该具体行政行为的请求不予支持。应当依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第3目、第4目的规定判决撤销湖北省考试院标准化考场2012年2月25日对原告李×作出的违规处理通知，并责令其限期重新作出行政行为。

法院审理期间，湖北省考试院又发现原告李×在其他考试中存在作弊行为，并依法取消其作弊的考试成绩，并对其报考的其他场次考试进行调查。2012年7月23日，李×提交撤诉申请书。法院经审查，认定原告申请撤诉是其真实意思表示。

武昌区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十一条，作出如下裁定：

准许原告李×撤回起诉。

案件受理费用50元，减半收取25元，由原告李×负担。

【法官后语】

本案涉及教育行政管理中的一个重要问题：“枪手”代考的方式。代考作弊现象已成为考试制度的一种顽疾。本案虽以原告撤诉的方式结案，但在审理中凸显的问题在于：在规范考试秩序的同时，标准化考场、教育行政机关以及司法审判机关也要规范程序、保障考生的实体权益。

1. 标准化考场明确审查权限。作为内设机构，标准化考场在发现代考等违规行为时，要及时上报教育行政机关处理，杜绝违法越权行为的发生。

2. 行政机关严格依法行政。作出教育行政处罚前要听取被代考人的陈述、申辩，完善执法程序，在保障考生权利的同时注重对代考行为进行证据固定，正确适

用法律、法规。

3. 审判机关保障考生权益。在暂时无法修正“起诉不停止执行原则”的前提下，审判机关更要关注考生的实体权益。如原告申请停止执行，同时具体行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害社会公共利益的，法院应裁定停止执行，以保障考生参加后续考试的实体权益不受诉讼程序的影响，避免对考生造成难以弥补的损失。

编写人：湖北省武汉市武昌区人民法院　熊莉

50

房屋登记机构能否以行政处罚形式撤销房产证

——李××诉盱眙县住房和城乡建设局房屋登记行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省淮安市中级人民法院（2012）淮中行终字第0028号行政判决书

2. 案由：住建行政处罚

3. 当事人

原告（被上诉人）：李××

被告：盱眙县住房和城乡建设局（以下简称盱眙县住建局）

第三人（上诉人）：段××

【基本案情】

2003年9月3日，第三人段××以个人名义与王月林签订房屋转让契约，购买由王月林已缴纳定金的盱眙县商贸中心×室和×车库，并于2003年9月7日缴纳购房款。原告李××与第三人段××于2004年1月6日办理结婚登记手续。2004年开发商盱眙县杰人房地产开发有限公司在办房产证时，将房屋所有权登记为段××和李××共有，房屋所有权证号为“34盱城字第00446－317号”。后因夫妻双

方婚姻出现问题，段××于2010年11月17日向盱眙县人民法院起诉离婚，段××称其在决定离婚之时才得知房屋登记之内容；其父于2011年8月24日向盱眙县住建局举报，要求撤销“34盱城字第0446-317号”房屋所有权证。盱眙县住建局在接到举报后，进行立案审批、调查取证后，于同年9月1日终结调查，并于当日向李××作出《行政处罚事先告知书》，同年9月2日送达给李××。李××在法定期限内未作出有效申辩。盱眙县住建局于2011年9月13日作出盱住建行罚字［2011］第1号《行政处罚决定书》，决定撤销“34盱城字第00446-317号”房屋所有权证。李××不服，向法院提起诉讼，请求撤销盱住建行罚字［2011］第1号《行政处罚决定书》。

【案件焦点】

1. 盱眙县住建局作出行政处罚撤销房产证的行为是否具有事实和法律依据；2. 盱眙县住建局是否有权对李××进行行政处罚；3. 被上诉人李××是否在法定期限内提起行政诉讼。

【法院裁判要旨】

江苏省淮安市盱眙县人民法院经审理认为：盱眙县住建局作为房屋登记主管部门，在实际操作、办理撤销房产证过程中，依据第三人段××父亲的举报及嗣后的相关调查，并未依据《房屋登记办法》第八十一条规定的“司法机关、行政机关、仲裁委员会发生法律效力的文件”来证明当事人是否有隐瞒真实情况之情形，故盱眙县住建局作出的撤销房产证行为超越职权，主要依据不足。撤销房产证行为是针对错发房产证的行为而采取的纠正措施，不能将这种纠错行为定性为行政处罚，故本案依据《行政处罚法》相关程序的规定作出的撤销房产证行为属程序违法。盱眙县住建局作出的盱住建行罚字［2011］第1号《行政处罚决定书》，超越职权，主要依据不足，程序违法。

盱眙县人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1、3、4目的规定，于2012年5月8日作出（2012）盱行初字第0009号行政一审判决：撤销被告盱眙县住建局于2011年9月13日作出的盱住建行罚字［2011］第1号《行政处罚决定书》。

段××不服，向江苏省淮安市中级人民法院提出上诉。江苏省淮安市中级人民

法院二审认为：《房屋登记办法》第八十一条规定："司法机关、行政机关、仲裁委员会发生法律效力的文件证明当事人以隐瞒真实情况、提交虚假材料等非法手段获取房屋登记的，房屋登记机构可以撤销原房屋登记，收回房屋权属证书、登记证明或者公告作废，但房屋权利为他人善意取得的除外。"该条撤销的前提是"司法机关、行政机关、仲裁委员会发生法律效力的文件"，且这些文件能够证明"当事人以隐瞒真实情况、提交虚假材料等非法手段获取房屋登记"。本案中，盱眙县住建局撤销房产证并没有依据发生法律效力的文件，而是根据上诉人段××父亲段君山的举报及后续的调查，法律、法规并没有赋予原审被告对此类案件的调查权，其调查的结果也不是发生法律效力的文件，故其撤销行为没有事实根据，也没有法律依据。

《房屋登记办法》第八十一条规定的是房屋登记机构自行纠错行为，而非行政处罚行为，即便是符合八十一条的规定可以撤销原房屋登记，原审被告也不能以行政处罚的方式撤销房产证。根据《中华人民共和国行政处罚法》第九条、第十条规定，只有法律、行政法规才可以设定吊销许可证或执照的行政处罚的种类。《房屋登记办法》及相关的法律、行政法规均没有就本案情形赋予房屋登记机关以行政处罚权。因此，原审被告对被上诉人作出行政处罚的行为没有法律依据，其依据《行政处罚法》的相关程序对被上诉人李××作出行政处罚，属于程序违法。

上诉人主张一审法院于2012年2月29日受理该案，超过3个月的起诉期限，法院存在违法受理案件的情形。江苏省淮安市中级人民法院经审理认为，起诉时间应以诉状寄出时间即邮局收到并加盖邮戳的日期为准，被上诉人提供的证据能够证明其在法定期限内起诉。

综上，原审被告盱眙县住建局作出的盱住建行罚字［2011］第1号《行政处罚决定书》超越法定职权，没有事实根据且程序违法。上诉人的上诉理由不能成立，对于其上诉请求不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法。江苏省淮安市中级人民法院于2012年7月18日作出（2012）淮中行终字第0028号行政判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

行政处罚是一种行政法律制裁措施，对行政相对人的权益有重大影响，因此，

法律、法规对行政处罚的规定是严格的，对于行政处罚的设定以及处罚方式、处罚程序等都有严格的要求。本案的争议焦点就在于房屋登记机构作出撤销房产证的行为是否有法律依据，是否能够以行政处罚的形式撤销当事人的房产证。

撤销房产证的前提和依据是生效的法律文件，而不能依据当事人的申请、由房屋登记机构调查后撤销。对于认为房屋登记中他人采取提交虚假材料等非法手段获得房屋登记的，当事人的救济途径中并没有规定可以直接向房屋登记部门申请撤销或注销房产证，这与原来的《城市房屋权属登记管理办法》规定有所不同，从依法行政的角度看，这也是为了保护房屋现有权利人的合法权益。对于权属有争议的房屋，可以通过民事、行政诉讼来确定权利的归属，之后再以生效的法律文书为依据向房屋登记部门申请撤销。

取消房屋登记部门自行调查、自行撤销的权利，避免了让房屋登记部门"既当运动员又当裁判员"，具有相对的公平性；起到促使登记部门做到审慎审查的作用，经过法院诉讼后、公证机关公证后作出的生效法律文书，登记部门的登记依据将更为充分，法院站在中立的角度处理房屋登记案件，也有利于对事实的认定。

在原有的《城市房屋权属登记管理办法》法律责任一章中规定了虚报、瞒报房屋权属情况等非法手段获得房屋权属证书的，登记机关注销房屋权属证书、没收非法所得，并可以处以罚款。结合《房屋登记办法》以及《物权法》、《城市房地产管理法》、《行政处罚法》的相关规定，房屋登记部门给予本案共有人李××行政处罚没有法律依据，相关法律、法规没有赋予其行政处罚权。即使其依据生效的法律文书撤销原共有人的房产证，也无权以行政处罚决定的形式予以撤销。且在本案中，其没有生效法律文书，更没有证据证明是本案原审原告李××采取虚报事实、隐瞒真相的手段骗取房屋产权登记，盱眙县住建局作出的行政处罚决定认定事实不清，且没有法律依据。

关于房屋权属的问题也是因离婚引起的，盱眙县人民法院已判决准予段××和李××离婚，在财产分配问题上，将该争议房屋判给女方，要求女方给男方装潢款，在该份判决书中，将本案争议的行政行为作为判决的依据之一，认定房屋所有权归属女方，且离婚案件一审判决后双方均未上诉，已经生效。李××可以针对该民事案件申请再审，待法院重新审理财产的归属后，再依据相关的判决书进行财产分配。原审第三人段××认为房屋初始登记错误，希望通过行政诉讼要求房屋登记

部门撤销房产证，该途径并不利于案件的彻底解决，且由于第三人的房屋登记在2003年，现在已经过去9年，虽然其称是离婚时才知道房产证登记在两人名下，但没有充分的证据证明，也不符合常理，故其提起行政诉讼已经超过了起诉期限。且李××申请民事再审，就能够将财产归属查清，再提起行政诉讼也没有意义。

编写人：江苏省淮安市中级人民法院　牛延佳

51

行政执行过程中证据的分析、审查、认定对具体行政行为的重要性

——谢金妹诉福鼎市国土资源局行政处罚决定案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省宁德市福鼎市人民法院（2012）鼎行初字第9号行政裁定书

2. 案由：土地行政处罚

3. 当事人

原告：谢金妹

被告：福鼎市国土资源局

【基本案情】

被告福鼎市国土资源局于2011年11月21日作出鼎国土资第52号《关于对谢金妹、谢阿棋、谢志旺等九人非法买卖土地行为的行政处罚决定书》。认定：桐城街道五里牌村民谢金妹、谢志旺等九人将位于桐城街道五里牌郑库口教堂后面地点的土地，于2008年5月份卖给叠石乡南溪村村民陈平厚、陈平雄等16户，作为他们各自的建房用地。该地土地性质为山坡地（茶园和林地），总售地面积为1931平方米，总售地价款为62.07万元人民币，双方立有土地买卖协议书。陈平厚、陈平

雄等16户村民于2011年5月初动工平整部分土地。上述行为违反了《土地管理法》第二条第三款的规定，构成非法买卖土地的事实 。根据《土地管理法》第八十一条和《土地管理法实施条例》第三十九条的规定，决定：1. 桐城街道五里牌村民谢金妹、谢阿棋、谢志旺等九人擅自将土地出让他人用于个人建房，责令其30日内改正出卖土地的违法行为；2. 没收谢金妹等九人违法所得合计62.07万元；3. 并处谢金妹等九人违法所得20%的罚款，合计罚款额为12.414万元。

原告认为被告作出的具体行政行为，存在：1. 认定事实错误，原告当时只是希望将自留地转让给他人作为园地耕种，并未一定要受让人将该地作为建房用地，而且原告本人只是一个农民，是个法盲，在知道事情不妥后，已经立即进行改正，并将土地恢复原状，将损害降低到最小，因此不应当受到如此重的处罚；2. 程序违法，没有依法进行告知，没有依法进行深入的调查，所作出的决定缺乏有效证据证明，其结论是错误的；3. 适用法律错误，被告根据《土地管理法》第八十一条和《土地管理法实施条例》第三十九条的规定，对原告处赔偿没收违法所得并处罚款的处罚决定，但是，由于土地出售给他人的行为不能成功，导致原告必须返还他人相应的欠款，所以原告事实上并无任何经济利益上的获得，反而需要出工将被破坏的土地恢复原状。原告的行为是善意的，之前的行为是在不知道法律规定的情况下实施，在知道不对后，已经进行了有效的改正。所以，不应当对原告进行处罚，原告处也没有所谓的违法所得可以没收。综上所述，被告作出的行政处罚决定，认定事实错误，程序违法，适用法律错误，请求依法撤销该决定。

【案件焦点】

1. 被告作出的具体行政行为是否超过行政处罚时效；2. 被告作出的鼎国土资［2011］52号《关于对谢金妹、谢阿棋、谢志旺等九人非法买卖土地行为的行政处罚决定书》程序是否合法；3. 被告作出的鼎国土资［2011］52号《关于对谢金妹、谢阿棋、谢志旺等九人非法买卖土地行为的行政处罚决定书》是否有事实依据。

【法院裁判要旨】

福建省福鼎市人民法院经审理认为：2012年8月8日被告福鼎市国土资源局作出鼎国土资［2012］第370号决定，撤销鼎国土资行罚字［2011］第52号《关于

对谢金妹、谢阿棋、谢志旺等九人非法买卖土地行为的行政处罚决定书》。本院认为，被告福鼎市国土资源局已撤销行政处罚决定，原告自愿撤诉，不违反法律规定，应予以准许。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十一条和《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》第二条的规定，裁定如下：

准许原告谢志旺撤回起诉。

本案受理费50元减半交纳为25元，由原告负担。

【法官后语】

本案被告作出的具体行政行为，存在程序违法、事实认定不清等多个问题。诸如：发现违法情形在后立案时间在前的错误、延长办案期限截止日期计算错误、留置送达不规范、现场勘测笔录形式不合法、认定非法买卖土地的面积不清、认定非法买卖土地的价款不清、认定非法买卖土地行为主体错误并遗漏主体等，以上问题均从不同方面体现了被告在作出具体行政行为的过程中对证据的分析、审查、认定方面存在着不足。

行政诉讼程序是行政程序的延伸，是法律保护公民、法人或者其他组织合法权益不受行政机关侵害的行政救济程序，对推进建设法治政府，规范政府行政行为具有十分积极的意义。根据法律规定和司法实践，行政机关败诉风险的产生有多重原因，证据是其中之一。“证据是诉讼的脊梁”，是能够证明案件真实情况的材料。

行政机关执法人员应增强证据意识。所谓证据意识，是指人们在社会生活和交往中对证据作用和价值的一种觉醒和知晓的心理状态，是人们在面对纠纷或处理争议时重视证据并自觉运用证据的心理觉悟。执法人员必须清醒地认识到证据是正确执法的基础。但是，由于执法人员重结果而轻程序的意识，执法中对证据的固定和收集重视不够，导致举证不能而败诉。增强证据意识，在执法的初始阶段就应注重证据的收集和固定，这对于提高取证水平，提高行政办案质量，预防行政纠纷的出现具有十分重要的现实意义，充分利用该规定非常有利于降低行政机关的败诉风险。

本案被告所作的具体行政行为，还存在着法律适用错误的问题，被告以非法买卖性质定性作出的行政处罚决定已超过行政处罚两年的追责时效期限，已经丧失了行政处罚权，不应再追究行政相对人的行政法律责任。所谓买卖土地行为，是指具

有土地所有权或使用权的单位或个人，将土地所有权或使用权转让给买受人，买受人向其支付代价而占用土地的行为。非法转让土地行为的“行为终了之日”，应以双方所有转让行为都已完成为认定标准，非法买卖土地行为不具有连续或继续状态，在转让行为完成时即终了。被告以非法买卖土地行为定性作出的行政处罚决定超过处罚时效，该违法行为已经超过两年追责时效期限，行政机关已经丧失了行政处罚权，不应再追究行政相对人的行政法律责任。行政机关在执法过程中，应组织行政执法人员认真学习与行政执法有关的法律、法规和规章，明确行政执法的办案程序，明确当事人的权利，在实际办案工作中，各级领导层层把关，严格按照法律办事。如涉及法律问题不明确，在案件处理之前可向上级请示，做到准确适用法律规范，以保证在今后在工作中不再出现类似情形。

编写人：福建省宁德市福鼎市人民法院　游绍平

52

被告的行政处罚行为是否合法

——钟尧佐诉厦门铁路公安处漳州车站公安派出所治安行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省漳州市中级人民法院（2012）漳行终字第1号行政判决书

2. 案由：治安行政处罚

3. 当事人

原告（上诉人）：钟尧佐

被告（被上诉人）：厦门铁路公安处漳州车站公安派出所

【基本案情】

2011年6月22日11时许，原告钟尧佐由漳州东火车站欲乘车回漳平老家，在候车室安检人员使用金属探测器对其进行安全技术检查时，在检查到原告钟尧佐左

边口袋时探测器报警，当安检人员准备对其口袋部位采取触摸式检查时，原告钟尧佐拒绝配合，并用左手打击安检人员手腕，导致安检人员无法开展正常的安全检查，扰乱了车站正常安全检查秩序。被告厦门铁路公安处漳州车站公安派出所依据《治安管理处罚法》第二十三条第一款第（三）项的规定，作出公（漳）决字［2011］第001号公安行政处罚决定，对钟尧佐作出罚款200元的行政处罚。原告认为被告实施行政处罚时没有客观事实及证据，且在作出行政处罚决定前没有给予其陈述和申辩的机会，行政处罚程序违法，遂向龙文区人民法院提起行政诉讼，请求依法撤销被告作出的公（漳）决字［2011］第001号公安行政处罚决定书。被告认为原告钟尧佐的违法行为事实清楚、证据确凿，其行为构成违反治安管理行为，作出的处罚决定认定事实清楚、证据充分，适用法律正确，程序合法。

【案件焦点】

被告的行政处罚行为是否合法。

【法院裁判要旨】

福建省漳州市龙文区人民法院经审理认为：原告钟尧佐拒绝配合安检人员的人身安全的检查，在漳州东火车站候车室，用左手打击安检人员手腕，致使安检人员无法开展正常的安全检查，扰乱了车站正常的安全检查秩序。其行为已扰乱车站公共场所秩序，应当予以治安管理处罚，因此，被告厦门铁路公安处漳州车站公安派出所依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第二十三条第一款第（三）项的规定认定事实清楚，证据确凿，适用法律正确，程序合法。

漳州市龙文区人民法院根据《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定，判决：驳回原告的诉讼请求。

原告不服一审判决提起上诉。漳州市中级人民法院经审理认为：被上诉人作为铁路公安派出所，其作出本案被诉具体行政行为具有法律上的依据。本案被诉具体行政行为是被上诉人对上诉人作出罚款200元的治安行政处罚决定，并非安检人员对旅客进行安全检查的行为是否具有合法性问题，有关安检人员对旅客进行安全检查的合法性问题属另一法律关系，不属本案审查范围。《中华人民共和国治安管理处罚法》第八十七条中所规定的人身检查与车站安检人员对所有乘车旅客随身所带物品所进行的人身安全的安全检查不属同一范畴，两者不可等同。安检人员对乘车

旅客携带的物品和托运的行李进行安全检查，属其依法履行检查职责。上诉人钟尧佐的行为已构成扰乱车站公共秩序的事实，被上诉人作出的处罚决定并无不当。

漳州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的焦点问题是：被告的行政处罚行为是否合法？铁路安检制度是为确保乘客的安全而制定的，乘客应主动配合安检人员进行安检，不接受安检的乘客将被拒绝进站乘车，对由此引发的治安问题公安机关还可依法对相对人进行处罚。针对本案的具体情况分析，原告存在拒绝配合安检并扰乱车站正常安全检查秩序的事实。《治安管理处罚法》第九十一条规定："治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定，其中警告、五百元以下的罚款可以由公安派出所决定"。《公安机关办理行政案件程序规定》第十二条规定："铁路公安机关负责调查处理列车上，火车站工作区域内，铁路系统的机关、厂、段、所、队等单位内发生的案件，以及在铁路线上放置障碍物或者损毁、移动铁路设施等可能影响铁路运输安全、盗窃铁路设施的案件"。本案系发生在火车站工作区域内的违反治安管理案件，且罚款数额为人民币200元，被告作为铁路公安派出所，其作出本案被诉具体行政行为依法具有职权依据。本案安检人员对乘车旅客携带的物品进行检查，是其依法履行职责的要求，具有法定的执法主体资格。被告在依法对原告调查取证后认定其构成违反治安管理行为，因被处罚人在当地没有固定住所，不当场收缴罚款事后难以执行，被告作出罚款200元的处罚决定并当场收缴，符合法定程序。

本案并非是一个不可调和的矛盾纠纷，而这一事件反映出的是一个社会层面的问题：个人利益和公共利益的博弈。安全是铁路运输的生命线，铁路运输环境封闭、空间狭小、人群密集，携带易燃易爆等危险品势必对乘客的安全构成极大的威胁。通过安全检查能及时发现事故隐患，把安全隐患消灭在萌芽状态，这既是铁路安保的工作需要，同时也是一种公共服务。铁路安检是为了保障公共安全，但在对乘客人身进行安检时也涉及公民的隐私权问题，钟尧佐作出拒绝安检的行为也是出于对个人隐私的维护。两者虽然存在一定程度的冲突，但在公共利益前，公民容忍自己合法权益受到合理限制的消极不作为或容忍的义务，虽看似个体利益为了公共

利益做出了牺牲，然而公共利益的实现却也能够在更大程度上更好地保障绝大多数人的权益，两者也是相互促进的。铁路安全检查作为一种行政检查，在安全管理时应更具人性化色彩，尽量不造成乘客的困扰和反感，而乘客也要正确看待安检工作，尽量配合安检人员开展工作，确保铁路运输安全。

编写人：福建省漳州市龙文区人民法院　严淑珍　陈亚彩

53

收回闲置土地案件应审查是否具有法定免责事由

——杭州奥瑞得通讯设备有限公司诉富阳市国土资源局土地行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省杭州市人民法院（2011）浙杭行终字第289号行政判决书

2. 案由：土地行政处罚

3. 当事人

原告（被上诉人）：杭州奥瑞得通讯设备有限公司

被告（上诉人）：富阳市国土资源局

【基本案情】

2004年12月23日，原告与富阳市人民政府东洲街道办事处（以下简称东洲街道办事处）签订50亩《园区区块土地确认合同》及《补充协议》，原告据此缴纳款项，并办理了环保、水利、规划、土地、发改等相关审批手续。2006年12月6日，原告与被告签订《浙江省富阳市国有土地使用权出让合同》（富土出合（2006）225号）（以下简称土地出让合同），出让位于东洲工业功能区内面积为20000平方米的国有土地使用权。2006年12月28日，原告取得《建设用地批准书》。后原告实施填宕渣建围墙等前期建设。2011年5月3日，被告向原告邮寄送达《收回国有土地使用权告知书》、《收回国有土地使用权听证告知书》。后原告取得富阳市发展与改

革局分别于2011年5月13日、30日制作的《富阳市企业投资项目备案通知书》、《会议通知》。2011年5月30日，被告作出《富阳市收回国有土地使用权决定书》，处罚内容为：1. 经富阳市人民政府（以下简称富阳市政府）于2011年4月13日批准，无偿收回原告位于富阳市东洲工业功能区内20000平方米国有土地使用权（其中出让土地20000平方米）；2. 撤销被告于2006年12月6日与原告签订的土地出让合同；3. 撤销被告于2006年12月28日颁发的《建设用地批准书》。该决定书以邮寄方式送达原告。

【案件焦点】

原告土地闲置是由政府原因造成还是原告自身原因引起，出现法定免责事由的闲置期间是否应予以扣除或考虑。

【法院裁判要旨】

浙江省杭州市富阳市人民法院经审理认为：被告作出的收回国有土地使用权决定书的被处罚人名称与原告企业法人营业执照及涉案国有土地使用证上的名称不同，本院予以指正。被告提供的案件延期审批表中作为延期理由之一为“闲置地块街道意见不统一”，被告对此未全面地查明原因，亦未提供证据材料予以证明。收地决定书对涉案土地的性质、土地权属、闲置时间、闲置原因等事实均未能查清。其提供的询问笔录、照片等证据材料均不足以证明涉案土地的闲置结果系由原告自身原因所致，故被告作出的收地行政处罚行为认定事实不清，主要证据不足。被告依据《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）第三十七条第一款第（三）项、《闲置土地处置办法》第四条第一款第（三）项、第五条之规定作出的行政处罚，但上述法条均没有第（三）项，故被告援引法条错误。《土地管理法》第三十七条第一款规定：“……连续二年未使用的，经原批准机关批准，由县级以上人民政府无偿收回用地单位的土地使用权；……”被告在收回国有土地使用权过程中仅系职权机关富阳市政府的经办机构，无权以自己的名义对外行使收回国有土地使用权的行政职权，故被告超越职权。土地出让合同规定：“因履行本合同发生争议，由争议双方协商解决，协商不成的，依法向人民法院起诉。”但现有证据材料未能表明存在双方协商的过程。被告告知的处罚内容与收回决定书的处罚内容并不一致，收回决定书处罚主文第（二）、（三）项并非行政处罚法定

处罚种类，被告也无权撤销由富阳市政府批准的作为处罚主文第（三）项的建设用地批准书。在涉案国有土地出让后至作出收回决定前均未有证据材料表明其已履行诸如责令限期改正或收取闲置费等行政监管职责。被告不依法先行履行监管职责，进行必要的催告，就直接作出无偿收回的决定不合情、不合理，也不合法。被告怠于日常监管，也是造成本案出现的一个重要原因。此外，被诉行政行为未启动公告程序、存在严重超期办案等明显违反法定程序的情形。故被诉行政行为违反法定程序。

根据《土地管理法》第三十七条、《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十六条和《闲置土地处置办法》第四条规定，因政府或政府部门原因造成土地闲置的，法律和规章均有明确规定，不能予以收回。被告与原告签订的土地出让合同也规定因不可抗力或政府原因造成土地闲置的除外。据此，因政府或政府部门原因造成迟延动工开发建设系政府收回闲置土地的法定免责事由。本案中，东洲街道办事处作为富阳市政府的派出机关经征询土管部门和土地所有权人后，与原告签订《园区区块土地确认合同》，确认向原告供应50亩土地。原告据此缴纳款项，办理了各项行政许可。后因土地指标等原因，原告同意暂先供地30亩，并办妥该30亩的相关审批手续。原告实施了填宕渣建围墙、委托设计图纸等行为，积极进行动工建设。同时等待尚未供应的另20亩，以便统筹规划建设，但有关部门至今未作出明确的表态。东洲街道未兑现行政承诺的行为，违背了行政法上的信赖利益保护原则，也是导致原告未能及时开发利用涉案土地的原因。故原告迟延动工开发建设构成行政法意义上的“因政府或政府部门的行为造成动工开发迟延的除外”情形，被告据此作出被诉行政行为，缺乏事实和法律依据。此外，因政府或政府部门原因造成的土地闲置，闲置期间应当在计算闲置期限时予以扣除或作出必要的考虑。被诉具体行政行为在认定闲置期限时对闲置期限的起算点也未予以明确，更无相关证据材料予以证明。综上，被告作出的被诉具体行政行为认定事实不清，主要证据不足，适用法律错误，程序违法，超越职权，应予撤销。

浙江省富阳市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1、2、3、4目之规定，作出判决：

撤销被告富阳市国土资源局于2011年5月30日作出的富土罚［2010］66号《富阳市国土资源局收回国有土地使用权决定书》。

富阳市国土资源局不服提起上诉。浙江省杭州市人民法院经审理认为：上诉人在收回国有土地使用权过程中系职权机关富阳市政府的经办机构，无权以自己的名义对外行使收回国有土地使用权的行政职权，也无权撤销由富阳市政府批准的《建设用地批准书》。上诉人作出被诉具体行政行为属于超越职权。上诉人告知的处罚内容与收回决定的处罚内容不一致，收回决定书处罚的主文第（二）、（三）项并非行政处罚法定处罚种类。上诉人作出被诉具体行政行为依照的《土地管理法》第三十七条第一款及《闲置土地处置办法》第四条第一款均未有第（三）项的规定，故上诉人适用法律错误。原判认定事实清楚，证据充分，适用法律正确，审判程序合法。

浙江省杭州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对造成闲置土地原因的理解。《土地管理法》第三十七条、《城市房地产管理法》第二十六条、《闲置土地处置办法》第四条第二款均明确规定："因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的不应认定为闲置土地"。因此，查清是否具有企业自身以外的原因造成土地闲置是对闲置土地作出处理最关键的事实根据和前提。

收回土地决定将给行政相对人带来巨大经济利益损失，法院应当查明土地使用权人是否具有法定免责事由，因政府或政府部门原因造成的土地闲置，闲置期间应当在计算闲置期限时予以扣除或作出必要的考虑。本案原告在依法受让涉案地块并取得了建设用地批准书后，由于有关部门对于其余20亩土地一直未作明确表态，致使涉案地块无法按照原有进度开发建设，具有法定免责事由，不应简单地予以收回。

编写人：浙江省杭州市富阳市人民法院　刘珍玲

54

行政机关在行政处罚程序中的告知义务

——陈开金诉福建省公安厅交警总队厦门高速公路交警支队交通管理行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院（2012）集行初字第11号行政判决书

2. 案由：交通管理行政处罚

3. 当事人

原告：陈开金

被告：福建省公安厅交警总队厦门高速公路交警支队（以下简称厦门高速交警支队）

【基本案情】

2012年2月17日上午9时许，被告厦门高速交警支队在沈海高速同安出口匝道口附近对违法停放的车牌号闽DY5705的大型卧铺客车进行检查时，发现原告陈开金有酒后驾车的嫌疑，遂使用呼出气体酒精含量探测器对其进行呼气酒精测试。根据探测器的记录，9时34分和9时35分的测试值分别为76毫克/100毫升和77毫克/毫升。该两次的测试结果因连接的打印机故障未经原告签名确认。随后，被告将原告带至办案区进行第三次酒精含量测试，测试时间为10时00分，测试值为67毫克/100毫升，原告对测试单进行了签名确认。10时31分至10时58分，被告对原告进行讯问，原告在讯问笔录中承认了其饮酒后驾驶营运机动车的事实，对酒精检测结果未提出异议。2012年2月17日至3月3日，根据厦门市公安局集美分局闽公决字［2012］第00036号行政处罚决定，原告在厦门市第一拘留所被执行行政拘留。

【案件焦点】

1. 行政机关在行政处罚程序中应如何履行告知义务；2. 被告认定原告驾驶未载旅客的卧铺客车为驾驶“营运机动车”，适用法律、法规是否正确。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院经审理认为：根据原告签字的呼出气体酒精含量检测单、呼出气体酒精含量探测器检定证书、对原告陈开金的讯问笔录、编号3534013000005562的公安交通管理行政强制措施凭证、被告民警对原告进行呼气式酒精测试过程照片、原告重回案发现场接受厦门电视台记者调查的照片及视频等证据，足以认定原告于2012年2月17日9时30分在沈海高速2297公里（上行）处实施饮酒后驾驶营运机动车的违法行为。被告作出的公安交通管理行政处罚决定证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序。据此，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（一）项之规定，判决如下：维持被告福建省公安厅交警总队厦门高速公路交警支队作出的厦高公交决字［2012］第3534002400000046号公安交通管理行政处罚决定。

【法官后语】

1. 行政机关在行政处罚程序中应如何履行告知义务？

《行政处罚法》第四十一条规定：“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据，或者拒绝听取当事人的陈述、申辩，行政处罚决定不能成立；当事人放弃陈述或者申辩权利的除外”；第四十二条规定：“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利。”可见行政机关在作出行政处罚决定时，必须严格依照法定的程序，履行相关告知义务。

本案中，被告厦门高速交警支队于2012年4月16日将拟作出行政处罚决定的事实、理由、依据、内容以及原告享有陈述、申辩和要求听证等权利的情况均已告知原告，原告在告知笔录上签名捺手印后，未提出陈述和申辩，也未提出听证要求。关于原告主张被告未告知“对测试结果有争议时应当抽血检验”的相关规定违反程序，笔者认为，原告在呼出气体酒精含量检测单、询问笔录以及公安行政处罚

告知笔录中对呼吸测试的酒精含量值进行签字确认时，未提出异议，不属于《道路交通安全违法行为处理程序规定》第三十三条规定的“应当检验体内酒精含量”的情形，被告无需对此法律规定再行告知。因此，被告在作出行政处罚的过程中已尽到相应的告知义务，程序合法。

2. 被告认定原告驾驶未载旅客的卧铺客车为驾驶“营运机动车”，适用法律、法规是否正确?

本案中，被告依据《道路交通安全法》第九十一条第三款“饮酒后驾驶营运机动车的，处十五日拘留，并处五千元罚款，吊销机动车驾驶证，五年内不得重新取得机动车驾驶证”的规定对原告作出罚款5000元并吊销机动车驾驶证的行政处罚（行政拘留已执行完毕）。对此，原告主张被告适用法律、法规错误，事发时闽DY5707号客车并没有载客，不应认定为“营运机动车”。笔者认为，饮酒后驾驶营运机动车的行为对旅客生命财产和道路交通安全具有严重的危害性，因此《道路交通安全法》对此作出比一般酒驾行为更为严厉的处罚规定。原告驾驶厦门舫阳客运有限公司由厦门岛内发车开往北京的卧铺客车，系处于从事营运活动过程中。原告作为专职从事营运机动车驾驶工作人员，对酒后驾车行为的性质和后果应当具有相应的预知和判断，应当以公共安全的需要和职业规范的要求严格约束自己。原告被被告民警查处之时，虽然车上尚无旅客，亦未发生严重后果，但原告的酒驾行为已经违反了法律、法规的规范要求，且具有一定的危险性。因此，被告适用《道路交通安全法》第九十一条第三款的规定，认定原告饮酒后驾驶“营运机动车”事实清楚，适用法律、法规正确。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院　徐栖桐

55

对在网络博客上发表不当言论的行为是否可以作出行政处罚

——陈学梅诉厦门市公安局集美分局治安管理行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦行终字第 122 号行政判决书

2. 案由：治安管理行政处罚

3. 当事人

原告：陈学梅

被告：厦门市公安局集美分局（以下简称集美公安分局）

【基本案情】

自 2009 年 11 月起，陈学梅在“厦门网——海峡论坛——中国灌口第一博——杨柳拂晓”博客中发表多篇日志，表达了其欲以实施“杀人、放火、砸车”等行为的方式来实现其个人利益诉求的意向。被告集美公安分局依据《治安管理处罚法》第二十五条第（三）项之规定，于 2012 年 1 月 7 日作出厦公集决字［2012］第 00014 号行政处罚决定，对原告陈学梅处以行政拘留十日。陈学梅不服，向厦门市公安局提起行政复议。2012 年 2 月 15 日，厦门市公安局作出厦公复决字［2012］第 007 号公安行政复议决定，维持对陈学梅行政拘留十日的决定。

【案件焦点】

1. 对在网络博客上发表不当言论的行为能否作出行政处罚；2. 对行政诉讼中的电子证据如何审查。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院经审理认为：原告陈学梅发表过激言论的行为已

超出了言论自由的范畴，应属于《治安管理处罚法》第二十五条第（三）项“扬言实施放火扰乱公共秩序”的情形，被告集美公安分局依法定职权对原告作出厦公集决字（2012）第00014号行政处罚决定符合法律规定。据此，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（一）项之规定，判决如下：维持被告厦门市公安局集美分局作出的厦公集决字（2012）第00014号行政处罚决定。

一审宣判后，原告陈学梅提出上诉。福建省厦门市中级人民法院于2012年8月29日作出（2012）厦行终字第122号行政判决书，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1. 对在网络博客上发表不当言论的行为能否作出行政处罚？

我国宪法赋予公民言论自由的权利，同时也规定，公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。博客是近年来随着互联网络的发展而兴起的一种网络日志，可以以个人视角表达对人和事的所感所想，为实现我国宪法所保障的言论自由提供一种新的平台。虽然网络是一个虚拟的空间，但网络与现实世界的人存在着密不可分的联系。作为互联网上的开放平台，博客上发表的文章、图片等信息可以被浏览、转载，具有一定的公共性。因此，博客上的言论自由同样应当在遵循公序良俗的前提下受到合理限制。

本案中，原告陈学梅因离婚后申请宅基地自行建房的要求不能得到政府相关部门的审批，而对政府部门心生不满。原告通过互联网开通博客，发表文字，在其博客“杨柳拂晓”的多篇日志中写道：“别逼我，再逼下去。把我逼到杀了人、砸了车、放了火，烧了地方不务正业的人民政府五套班子伪招牌……”；“杀人、杀人，我要杀人，杀了人让区委书记、镇委书记……去坐牢”。上述文字不仅表达了原告个人的思想、感情，同时还传达了其意欲实施“杀人、放火、砸车”等危害公共安全和损害公私财产行为的信息。从原告在讯问笔录和庭审笔录中的陈述也表明，其意图主要在于通过发布恐怖信息，引起公众关注，给政府施加压力，以实现个人利益诉求。原告借助互联网平台来扩大其言论的影响力，能够利用网络信息传播范围广、速度快、途径多样、方向不确定等特点。不仅可造成不特定的公众（即浏览该日志的网民）的疑虑、担心甚至恐慌，而且可能引发某些人员的效仿、回应，从而

具体实施危害公共安全的行为，对公共秩序造成了一定的扰乱。因此，原告发表过激言论的行为已超出了言论自由的范畴，符合《治安管理处罚法》第二十五条第（三）项“扬言实施放火扰乱公共秩序”的情形，被告集美公安分局对其作出行政拘留十日的决定，证据确凿，适用法律正确，符合法定程序。

2. 对行政诉讼中的电子证据如何审查？

《行政诉讼法》第三十一条规定证据的种类包括七类，分别是书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论和勘验笔录、现场笔录。随着社会生活实践中电子信息技术的发展和普及，审判实践中也越来越多地出现了电子证据这一新的证据类型。尤其在一些涉及互联网的案件中，电子证据可能是与案情相关的重要证据。与传统证据相比，电子证据具有介质依赖性强、易改动等特点。新修改的民事诉讼法增加了“电子数据”作为新的证据种类，但目前行政诉讼中对电子证据真实性、合法性、关联性如何审查认定，法律、法规尚无明确规定。

笔者认为：第一，对于电子证据的真实性审查，由于其易被改动，因此应重点审查电子数据的内容是否被实施了剪裁、拼凑、篡改、添加等伪造、变造的行为。根据“印证证明”原理（又称“孤证不能定案”原则），认定案件的事实必须由若干证据构成一个相互印证的体系。通过数份证据与电子数据进行相互印证，如果反映的内容一致，则可以证明该电子证据的真实性，否则不应予以确认。第二，对于电子证据的合法性审查，作为被告行政机关收集的电子证据，应重点审查在提取、复制、固定电子数据的过程中是否制作相关文字说明（应包含时间、地点、方法、电子数据的类别、文件格式等信息），是否有制作人、持有人的签名或盖章，以及提取人或制作人是否为二人以上进行操作；作为原告方提供的电子数据，则应严格审查该证据是在什么时间、地点、环境下，以何种方法取得的，是否符合法律规定的程序和要求等。第三，对于电子证据的关联性审查，由于电子数据具有海量存储的特点，审查时应加强筛选，找出与案件事实之间的存在实质关联的信息，必要时可委托专业机构进行鉴定，以弥补法官在专业知识方面的不足。

本案中，被告提取网络截图作为证据，取证过程中制作的相应文字说明不完整，存在一定瑕疵，但该证据与原告讯问笔录、证人证言等其他证据能够相互印证，对其真实性应予确认。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院　徐栖桐

56

工商行政机关在对商标侵权行为实施行政处罚时，应遵循过罚相当原则

——苏州鼎盛食品有限公司诉江苏省苏州工商行政管理局工商行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省高级人民法院（2011）苏知行终字第0004号行政判决书

2. 案由：工商行政处罚

3. 当事人

原告（上诉人）：苏州鼎盛食品有限公司（以下简称鼎盛公司）

被告（被上诉人）：江苏省苏州工商行政管理局（以下简称苏州工商局）

第三人（被上诉人）：东华纺织集团有限公司（以下简称东华公司）

【基本案情】

鼎盛公司系一家专门从事生产、加工（焙）烘烤制品并销售公司自产产品等业务的外商独资企业。其注册取得了“艾维尔 I Will”文字及图商标、“爱维尔”文字商标以及“爱维尔 I will”文字及图商标。2009年6月23日，鼎盛公司与浙江健利包装有限公司签订订购合同，约定由浙江健利包装有限公司为鼎盛公司制作涉案标有标识（以下称为“I will 爱维尔”与“乐活 LOHAS”连用标识）的礼盒等包装产品。2009年9月，鼎盛公司将其在当年度所生产的月饼划分为“秋爽”、“美满”以及涉案的“乐活”等总计23个类别投放市场，主要通过鼎盛公司的爱维尔直营店、加盟店等进行销售。

东华公司经国家商标局核准于2009年7月14日取得第5345911号（以下简称

“乐活 LOHAS”）注册商标，核定使用商品为第30类“糕点；方便米饭；麦片；冰淇淋”，目前尚未在产品上使用该商标。

2009年9月8日，苏州工商局接到举报，对鼎盛公司展开调查。查明其在当年生产销售的一款月饼使用“乐活 LOHAS”商标，遂认定鼎盛公司的行为属于商标法第五十二条第（一）项所规定的侵犯注册商标专用权的行为，对鼎盛公司作出责令停止侵权行为并罚款人民币50万元的行政处罚决定。该具体行政行为作出后，鼎盛公司不服遂向苏州市人民政府申请行政复议，苏州市人民政府维持了苏州工商局作出的工商处罚决定。鼎盛公司对此仍不服，向法院提起行政诉讼。

另查明，关于乐活一词的起源及释义，乐活系由美国社会学家保罗·雷在1998年提出，其英文释义为“lifestyles of health and sustainability”。2008年8月，教育部发布的《中国语言生活状况报告（2006）》中将“乐活族”作为汉语新词语收录其中。

【案件焦点】

苏州工商局作出的行政处罚决定是否显失公正。

【法院裁判要旨】

江苏省苏州市中级人民法院认为：鼎盛公司对涉案标识的使用构成商标法意义上的使用，与“乐活 LOHAS”注册商标相比，两者构成近似商标。本案是否构成商标侵权的争议主要在于应否考虑混淆，但若他人使用标志的行为使这种联系受到削弱或影响，从而对商标权人使用注册商标产生实质性妨碍的，则无需考虑是否混淆。本案中，爱维尔品牌在特定区域范围内具有相对较强的知名度，鼎盛公司在该区域大量使用涉案标志会使相关公众在“乐活 LOHAS”与“I Will 爱维尔”之间建立起某种关联，从而客观上导致东华公司与其注册的“乐活 LOHAS”商标的联系被割裂。故鼎盛公司使用“乐活 LOHAS”的行为依法构成对东华公司注册商标专用权的侵害。综上，苏州工商局作出的苏工商案字（2010）第00053号行政处罚决定认定事实基本清楚，适用法律正确。

江苏省苏州市中级人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定，作出如下判决：

驳回原告鼎盛公司的诉讼请求。

鼎盛公司持原审起诉意见提起上诉。江苏省高级人民法院经审理认为：鼎盛公司对“I will 爱维尔”与“乐活 LOHAS”连用标识的使用系商标性使用，该标识与东华公司“乐活 LOHAS”注册商标构成近似，其行为侵害了东华公司注册商标专用权。苏州工商局认定鼎盛公司的行为侵犯注册商标专用权，并作出责令停止侵权行为的行政处罚正确，但其作出罚款 50 万元的行政处罚显失公正，主要理由：我国《行政处罚法》第四条第二款规定：“实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”。《商标法》第五十三条规定：“工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，没收、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具，并可处以罚款”，对该条款的正确理解应当是工商行政机关对商标侵权行为作出行政处罚时，在责令立即停止侵权行为的同时，可以对是否并处罚款作出选择。因此，工商行政机关在行使该自由裁量权时，应当根据行政处罚法第四条第二款确立的“过罚相当原则”，综合考虑处罚相对人的主观过错程度、违法行为的情节、性质、后果及危害程度等因素，决定是否对相对人并处罚款。本案中，苏州工商局在对鼎盛公司进行行政处罚时，责令其停止侵权行为即可足以达到保护注册商标专用权以及保障消费者和相关公众利益的行政执法目的，但其未考虑到行政相对人存在在先设计且主观上没有任何攀附的故意，其仅为当季一款月饼的包装促销并未进行长期广泛宣传，在权利人商标获得授权后一个月鼎盛公司即被查处，侵权时间很短；权利人作为纺织企业，其注册在食品类别上的“乐活 LOHAS”商标授权时间晚于鼎盛公司的设计包装时间，且其并未将该商标实际投入使用，没有任何损失存在。因此，行政相对人的侵权性质、行为和情节显著轻微，尚未造成实际危害后果。在此情形下，苏州工商局在责令停止侵权行为的同时，对行政相对人并处 50 万元罚款，使行政处罚的结果与违法行为的社会危害程度之间明显不适当，其行政处罚缺乏妥当性和必要性，违反了行政处罚法第四条规定的过罚相当原则，属于显失公正的行政处罚，依法应予变更。

江苏省高级人民法院依照《中华人民共和国商标法》第五十二条第（一）项、第五十三条，《中华人民共和国行政处罚法》第四条第二款，《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（四）项、第六十一条第（二）项的规定，作出如下判决：

一、撤销江苏省苏州市中级人民法院（2011）苏中知行初字第0001号行政判决；

二、变更2010年6月11日江苏省苏州工商行政管理局作出的苏工商案字（2010）第00053号行政处罚决定“1. 责令停止侵权行为，2. 罚款人民币50万元”为“责令停止侵权行为”。

【法官后语】

本案是江苏法院在知识产权“三合一”框架下，首例以司法判决方式对显失公正的行政处罚予以变更的知识产权行政案件。通过该案的审判，给工商行政机关以一定指引，促使其在进行商标行政处罚时，更加规范、合理地行使自由裁量权，抑制当前工商行政机关动辄出现行政罚款的冲动。

我国商标法对工商行政机关处理商标侵权行为过程中在何种情况下可以选择并处罚款并未作出明确规定。实践中，行政机关一旦认定相对人的行为构成商标侵权，且存在非法经营额，则根据商标法实施条例的规定给予相对人相应数额的罚款。但实际上，行政机关在行使自由裁量权时，必须遵循《行政处罚法》第四条第二款确立的“过罚相当原则”，结合具体情况决定是否给予并处罚款的处罚。而“具体情况”并非仅指相对人是否存在非法经营额这一种因素，关键是考虑处罚相对人的主观过错程度、违法行为的情节、性质、后果及危害程度等因素。

本案中，苏州工商局在对鼎盛公司进行行政处罚时，责令其停止侵权行为即足以达到保护注册商标专用权以及保障消费者和相关公众利益的行政执法目的，但苏州工商局未考虑鼎盛公司主观上无过错，侵权性质、行为和情节显著轻微，尚未造成实际危害后果等因素，就对鼎盛公司并处50万元罚款，使行政处罚的结果与违法行为的社会危害程度之间明显不适当，应当认定属于显失公正的行政处罚。

编写人：江苏省高级人民法院　袁滔

57

听证程序在行政机关行政处罚中的必要性

——保定市青年国际旅行社诉保定市旅游局行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

河北省保定市北市区人民法院（2012）北行初字第1号行政判决书

2. 案由：旅游管理行政处罚

3. 当事人

原告：保定市青年国际旅行社有限公司

被告：保定市旅游局

【基本案情】

2011年6月16日，原告将6月18日去阜平天生桥游客2人发给阜平县万方旅游开发有限公司保定办事处进行一日游。被告在执法监察工作中发现了这一行为。6月23日，被告以原告将游客拼团给没有经营资质的旅行社为由对此事进行立案调查。6月27日，被告对原告工作人员张娜进行了询问，询问了原告与天桥驻保办合作的情况，告知“要求听证，请递交有关材料”。6月29日，被告对阜平县万方旅游开发有限公司负责人进行了询问，该负责人称未设立驻保办事处。该公司经营范围：景区规划、开发、管理；正餐服务，客运索道服务，住宿服务。7月8日，被告案件承办人起草了案件调查终结报告。7月14日，被告向原告送达了行政处罚告知书，告知拟罚款4万元，告知了原告享有陈述、申辩权。原告提出了书面申诉意见。9月2日，被告相关人员对该案进行了集体讨论，结论为立即改正，处4万元罚款。9月5日，进行了内部审批。9月8日，被告制作了“保旅罚决字［2011］第06号”行政处罚决定书。主要内容：你单位6月16日将王评论等一行2人委托给没有旅行社经营资质的机构进行旅游活动。该行为违反了《旅行社条例》规定。

现依据《旅行社条例》第五十五条第四款之规定，决定对你单位作出如下行政处罚：停止与非旅行机构合作，并罚款4万元。被告处罚卷宗中有9月9日的处罚决定书送达回证，该回证收件人处空白，备注栏中，注明："拒签、留置送达"。10月19日，原告工作人员签收了处罚决定书。原告申请复议，2012年2月8日，保定市人民政府维持了该处罚决定书，并于2月14日送达给原告。2月22日，原告不服被告的行政处罚，诉至法院。

【案件焦点】

被告保定市旅游局在行政处罚过程中是否依法履行了听证程序。

【法院裁判要旨】

保定市北市区人民法院经审理认为：《中华人民共和国行政处罚法》第四十二条规定："行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；……"。《河北省人民政府关于行政处罚听证范围中较大数额罚款的通知》规定："对从事经营活动的法人或者其他组织处以10000元以上罚款，作出行政处罚之前，应当告知当事人要求听证的权力。"根据上述法律规定，被告对原告作出罚款4万元的行政处罚，应当适用听证程序。被告主张在2011年6月27日，被告对原告工作人员张娜进行了询问时已经进行了"听证告知"，本院认为被告询问调查时尚未决定处罚内容，亦未告知处罚事项，此"听证告知"行为不具有法律效力。因此，被告在作出"保旅罚决字［2011］第06号"行政处罚决定时未履行法定程序。

保定市北市区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项之规定，判决如下：

撤销被告保定市旅游局"保旅罚决字［2011］第06号"行政处罚决定书；

案件受理费50元，由被告保定市旅游局承担。

案件判决后，双方当事人均未上诉。

【法官后语】

本案审判要点主要在于对行政罚款行为合法性、必要性的认识。

我国行政诉讼的职能和作用，一方面是保护公民、法人和其他组织的合法权

益，另一方面是维护和监督行政机关依法行使行政职权。何种情况下给予保护、何种情况下给予维护、何种情况下给予监督？这是对行政审判法官的考量，审判中需要严格、准确地适用行政诉讼法法规和其他行政法规的具体规定，方能实现行政诉讼法的立法宗旨。

本案是一起普通的旅游行政处罚案，从双方诉、辩意见上看似乎都有道理，双方各持己见。尤其是被告方称是为了规范旅游市场的正常秩序，保护广大游客的切身利益。每个人都可能是游客，理当予以维护。面对是支持行政机关的主张还是保护管理相对人问题，法官必须做到严格依照法条的规定来析法明理，判断是非。

该案并不是单一的个案处罚，被告同时处罚了六家旅游公司。2011 年下半年，被告在向原告下达上述行政处罚决定书之前，还曾向保定另外五家旅游公司下达类似内容的行政处罚决定书。处罚前，被告曾对他们进行了处罚事先告知。在 2011 年的 7 月，6 家旅游公司共同向被告提出了申诉。申诉理由如下：1. 根据《旅行社管理条例》第四十二条规定："旅游、工商、价格等行政管理部门应当及时向社会公告监督检查的情况。公告的内容包括旅行社业务经营许可证的颁发、变更、吊销、注销情况，旅行社的违法经营行为以及旅行社的诚信记录，旅游者投诉信息等"。旅游局监督检查部门对旅行社有指导和告知的义务，我们并没有得到相关部门的通知；2. 阜平县万方旅游开发公司驻保办事处在保定已运营多年，已得到保定市知名媒体《莲池周刊》的认可，与其长期合作的旅行社本身不具有辨别其合法性的能力；3. 我们均认为该办事处系阜平天生桥景区，我们是在与景区合作。被告收到六家公司的申诉后，并未进行听证，便分别做出了罚款 4 万元的行政处罚。五家旅游公司因种种原因交纳了罚款，只有原告不服提起了诉讼。法院审理后认为，被告的行政处罚违反了法定听证程序，撤销了被告的处罚决定书。该判决是正确的。

根据案情，我们认为被告的行政执法行为还存在着一些其他问题。第一，既然是查处原告等与天桥驻保办违法合作的事实，就应查明双方的基本情况及具体合作情况。应同时给原告和天桥驻保办做询问笔录，进行调查，做到事实清楚。而被告没有调查天桥驻保办的相关情况。原告等主张天桥驻保办在保定已经营 6、7 年，常年在官办媒体投放大幅广告，应当查清这些主张是否属实；第二，被告对六家旅游公司处以罚款的处罚，却没对所谓的黑社"天桥驻保办"进行处罚，明显的执法

不公平；第三，审理中查明“天桥驻保办”的公章是在2004年由当时的一个在阜平天桥景区的办事处合法刻制的。此机构在保定存在多年，这种合作状况多年来一直存在。如若违法，被告应制定措施，逐步治理。原告等是被告单位的行政管理相对人，在日常管理活动中，被告应当依法对原告等的经营活动进行规范及指导，发现违规及违法行为应及时制止并纠正，对明知故犯、屡教不改的应当使用罚款及其他行政处罚手段。这样做法才符合《行政处罚法》规定的教育与处罚相结合的原则，规定对于违法行为轻微的不予以处罚。在本案中未发现被告曾对原告等的类似行为进行过教育与规范，仅凭一份转派单，便处以4万元罚款，这样做容易造成行政管理人的误会，认为行政机关在执法过程中以罚款为目的，不利于行政管理行为的顺畅进行。第四，被告在2011年7月11日对原告进行了处罚告知，决定了罚款4万元的处罚，而对这一处理结果进行集体讨论却是在9月2日，出现了执法程序倒置的情况。另外被告在9月9日给原告送达法律文书时出现了原告拒签的情况，应按民事诉讼规定的留置送达规定进行，而不应在10月19日再次送达。这些做法体现了被告执法行为的不严谨。

分析被告的行政处罚行为，存在以下几方面问题：未采用听证程序，程序违法；原告提出质疑，其未核实，事实不清；作为原告的主管单位，在处罚前未进行过整改活动的情况下就直接给予4万元的罚款，违反了《行政处罚法》规定的教育与处罚相结合的立法原则；对于6家旅游公司联合申诉，被告置之不理，体现了被告的官本位思想，也暴露出被告在执法过程中以罚款为目的。“执法为民”是我们的办案宗旨，法院的行政审判承载着保护行政相对人合法权益不受侵犯的职责，对于行政机关在执法过程中以罚款为目的的现象，损害了整个行政机关社会形象，破坏了“官民”的和谐关系，法院对该行政处罚决定应当坚决予以撤销。此案判决后，双方当事人均未上诉。法官本着监督行政机关依法行政的宗旨，就审判中发现的其他问题，以司法建议书的形式对被告进行了告知。期望行政机关能够严格按照法律的规定进行执法。

目前我国的许多行政法规中，均规定了罚款的行政处罚。这是一把利剑，为了实现行政管理的正常进行，具有必要性。当行政管理相对人违反行政法的具体规定，拒不改正时，行政罚款应当是一种非常有效的措施。能够起到教育行政管理相对人依法活动的目的。但现实中，许多行政机关为了局部利益，制定了罚款指标，

为一己私利而执法，把行政法规当做谋求利益的工具，这样的执法动机不仅伤害了人民，也损害了法律的尊严，是和谐社会的害群之马。法院在审判中应当严格加以区分，对于这样的行政执法行为绝不能姑息放任。

编写人：河北省保定市北市区人民法院　陈立荣

六、行政强制

58

行政强制措施合法的要件

——姚建诉无锡市城市管理行政执法局行政强制措施案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市滨湖区人民法院（2011）锡滨行初字第0011号行政判决书

2. 案由：城建行政强制

3. 当事人

原告：姚建

被告：无锡市城市管理行政执法局（以下简称市城管执法局）

【基本案情】

2011年4月6日上午，市城管执法局接到举报，反映在瑞星家园门口北侧有毁绿情况。上午8时许，南长城管执法大队的执法队员王某、华某等三人巡视至现场后发现，驾驶员卢某操作一台挖机，正在瑞星家园安居房店面房前绿化带内施工作业。执法队员进行现场取证，并制作现场检查笔录。现场照片显示在挖机的履带碾压痕迹下，部分绿化草木被损毁。执法队员决定将现场施工的一台u－50－3s久保田小型挖掘机先予登记保存。后诸葛叔平赶到现场并自称是项目负责人，执法队员向其送达《证据先行登记保存通知书》，但诸葛叔平拒绝签收。《证据先行登记保存通知书》中记载："经查，你单位于2011年4月6日在金石路瑞星家园旁进行破

坏绿化的行为，本机关拟对你单位上述行为作进一步查处。根据《行政处罚法》第三十七条第二款规定，决定对下列物品作为证据予以先行登记保存。……请你单位于2011年4月13日前携带相关合法手续到清明桥中队接受调查处理"。同年4月14日，市城管执法局在事发现场张贴公告，内容如下："4月13日期限已过，请金石东路瑞星家园北侧门口进行绿化工程的相关单位及挖机单位，携带营业执照复印件、施工许可证、挖机产权证明等证明材料速到南长城管执法大队办理解除登记保存手续并接受调查处理；逾期，将由市城管执法局按照相关规定依法处置"。后诸葛叔平到市城管执法局交涉要求返还挖机，但因未持有效书面委托书和产权证明，返还挖机未果。2011年5月12日，市城管执法局在《无锡商报》刊登公告，告知产权人携带相关证明材料到南长城管执法大队接受调查处理。同年5月19日，姚建和诸葛叔平携带购买挖机凭证至南长城管执法大队办理解除登记保存手续，领回涉案挖机。

2011年4月6日上午发生的涉嫌毁绿行为，市城管执法局已经立案查处，至今尚未作出处罚决定。

2008年5月23日，姚建作为买受方，向江苏天和工程机械有限公司购买一台久保田u-50-3s挖掘机，金额39.5万元。2011年1月1日，姚建作为出租方与诸葛叔平签订租赁协议，将挖机出租给诸葛叔平使用，租期12个月，每月租金2万元。

【案件焦点】

1. 城管执法局最终对毁绿行为未作出认定，先前作出的证据登记保存行为是否合法；2. 若登记保存行为违法，是否应当按照国家赔偿法进行赔偿。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市滨湖区人民法院经审理认为：《无锡市城市管理相对集中行政处罚权办法》第四条规定："市城市管理行政执法部门按照本办法规定的权限，制止、查处和纠正违反城市管理法律、法规、规章等规定的行为，并独立承担法律责任"。区城市管理行政执法机构是市城市管理行政执法部门的垂直管理机构，具体实施本区域城市管理行政执法工作。第九条第（三）项规定："市城市管理行政执法部门依照城市绿化管理方面的法律、法规、规章的规定，制止、查处违反城市绿化管理

规定的行为，配合城市绿化主管部门纠正损坏绿化及设施等行为”。本案中，南长城管执法大队是市城管执法局的垂直管理内设机构，其有权在本辖区内针对涉嫌毁绿的行为具体实施城市管理行政执法行为。原告对行政执法行为不服，应当以市城管执法局为被告提起行政诉讼。

《中华人民共和国行政处罚法》第三十七条第二款规定：“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，经行政机关负责人批准，可以先行登记保存，并应当在7日内作出处理决定”。本案中，因调查涉嫌毁绿行为的需要，南长城管执法大队将现场作业的挖机作为涉嫌毁绿的证据予以登记保存，并无不当。证据的登记保存行为是为了更好地查明案情事实。本案中，证据登记保全后到实际返还时间已经超过七日，原告姚建认为被告扣押挖机的行为违法并损害其权益因而提起行政诉讼，符合法律规定。

4月6日上午，被告在现场送达《证据先行登记保存通知书》，要求当事人于4月13日前接受调查处理，诸葛叔平拒绝签收。故对于原告认为被告扣押挖机行为没有手续的意见，本院不予采信。4月14日、5月12日，被告又分别在现场和媒体上发布了通告，告知产权人携带相关证明材料到南长城管执法大队接受调查处理。原告提出没有看见公告，但根据原告提交的通话记录和录音光盘显示，诸葛叔平于4月6日至5月11日，曾多次与接警的民警联系，要求与城管部门处理挖机的事情，并多次去城管部门要求处理挖机之事，但市城管执法局告知其因没有携带产权凭证或书面委托手续，所以不能领取挖机。行政机关在此过程中，亦存在瑕疵。直至5月19日，在产权手续齐全的情况下，原告领回挖机。证据先行登记保存行为属于行政强制措施，是程序性行为而非实体处理行为，在登记保存后，依法应当在七日内作出处理决定，而行政机关未在法定期限内对违法行为进行处理，违反行政处罚法第三十七条规定，属程序违法。在本院向市城管执法局发出司法建议后，市城管执法局至今未能作出行政处罚决定，对是否存在毁绿事实未作出认定，故对挖机进行证据先行登记保存的行为没有依据，对扣押挖机行为应认定违法。

《中华人民共和国国家赔偿法》第四条规定：“行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：……（二）违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的”。第七条第一款规定：“行政

机关及其工作人员行使行政职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，该行政机关为赔偿义务机关”。所以本案的赔偿义务机关为市城管执法局。原告有权向其提起赔偿请求。

《中华人民共和国国家赔偿法》第十五条第一款规定：“人民法院审理行政赔偿案件，赔偿请求人和赔偿义务机关对自己提出的主张，应当提供证据”。第三十六条规定：“侵犯公民、法人和其他组织的财产权造成损害的，按照下列规定处理：……（八）对财产权造成其他损害的，按照直接损失给予赔偿”。《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十二条规定：“原告在行政赔偿诉讼中对自己的主张承担举证责任。被告有权提供不予赔偿或者减少赔偿数额方面的证据”。第三十三条规定：“被告的具体行政行为违法但尚未对原告合法权益造成损害的，或者原告的请求没有事实根据或法律根据的，人民法院应当判决驳回原告的赔偿请求”。对原告姚建请求按其陈述的每天1920元的经营损失，因未提供相应的证据予以证实，且经营损失不属于国家赔偿范围，本院对此主张不予支持。无锡市滨湖区人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项、《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十三条之规定，作出如下判决：

一、确认无锡市城市管理行政执法局作出的证据先行登记保存行为违法；

二、驳回原告的赔偿诉讼请求。

【法官后语】

证据先行登记保存是行政处罚法规定的行政强制措施。行政强制措施是为了保证行政管理活动顺利进行，对选定的人或特定的物在一定的时间内实施强制的手段。因此，一旦需要实施强制措施的情形消失，就应该立即解除强制措施。法院审查合法的行政强制措施应当具备四个要件：（1）实施行政强制措施的行政机关具有实施行政强制措施的职权；（2）发生了法律、行政法规规定的可以实施行政强制措施的情形；（3）未超出法定的范围和期限；（4）实施行政强制措施符合法定程序的要求。在本案中，根据《行政处罚法》第三十七条第二款规定：“具有行政处罚权的行政机关在收集证据时，可以实施抽样取证的方法；在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，经行政机关负责人批准的，可以先行登记保存，并应当在七日

内及时作出处理决定”。故本案被告依照《无锡市城市管理相对集中行政处罚权办法》具有行使行政处罚的职权，在查处涉嫌毁绿的违法行为时，可以采取先行登记保存的行政强制措施。但行政机关在采取财产性保全性强制措施时必须具备两个条件：（1）可能由于当事人主观或者客观原因，使以后作出的行政处理决定不能执行或者难以执行。主观原因是指当事人故意转移、隐藏、变更产权，客观原因是指行政处理涉及的物品有变质、腐败等自然灭失的可能，需要及时采取措施，以保存该物品的价款；（2）需要采取财产保全措施的，必须涉及行政处理决定包括执行财产的内容。同时具备上述两个条件的，行政机关可以采取财产保全性强制措施，否则，即属于违法。本案中，经审查，行政机关的证据先行登记保存符合上述两个要件。

对行政强制措施审查合法性时，应对行政强制措施的范围的采取以及期限进行审查，如果超出法定对象范围或者法定期限的，应当认定为违法。本案中对于被告采取的先行证据登记保存超出法定期限未作出处理决定的行为，应当认定为违法行政行为。

行政机关实施的保全性强制措施是为了查清案件事实或者为以后作出的具体行政行为得以顺利执行，此时对案件事实未全部查清，行政机关可以继续调查取证，但该部分证据只能作为证明以后作出的具体行政行为合法的证据使用，而不能作为证明行政强制措施合法的证据使用。本案中，对涉嫌毁绿的违法行为没有作出处理决定，行政相对人仅对证据保全性强制措施提起诉讼，法院可以单独就该强制措施是否违法作出裁判。在本院向被告发出司法建议后，被告至法院作出判决时仍未能作出行政处罚决定，对是否存在毁绿事实未作出认定，故对挖机进行证据先行登记保存的行为没有依据，对扣押挖机行为应认定违法。

根据国家赔偿法规定，行政机关违法采取行政强制措施，行政管理相对人在合法权益受到侵害时有权提起国家赔偿请求。赔偿请求人可以在提起行政诉讼时一并提起行政赔偿诉讼。所以本案原告适格，一并提起行政赔偿诉讼的行为合法。司法解释规定：“原告在行政赔偿诉讼中对自己的主张承担举证责任。被告有权提供不予赔偿或者减少赔偿数额方面的证据”。原告主张应当赔偿违法采取强制措施造成每天1920元的经营损失。因其挖机在保全期间已经被租赁给案外人，作为挖机的所有人未能提供相应的证据予以证实该笔损失；且根据国家赔偿法规定对造成财产

权其他损害时，只对直接损失予以赔偿。即基于被侵权的事由所造成的实际损失与现有财产的直接减少。即原告提出的经营损失也不属于国家赔偿范围，法院对该主张不予支持。依照司法解释的规定应当判决驳回原告的赔偿请求。

编写人：江苏省无锡市滨湖区人民法院　李旭强

59

县级以上政府不具有强制拆除违法建筑的行政强制执行权

——徐国才诉淮安市淮安区人民政府强制拆除决定案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省淮安市中级人民法院（2012）淮中行初字第0022号行政判决书

2. 案由：强制拆除

3. 当事人

原告：徐国才

被告：淮安市淮安区人民政府

【基本案情】

2011年6月12日，淮安区城管局作出楚城执罚字0000260号《行政处罚决定书》，认定：自2004年6月至2008年5月，原告徐国才在螺丝街村马庄组9号，四次建五处房屋，面积为158.92㎡，上述建设没有领取《建设工程规划许可证》，违反了《城市规划法》第三十二条、《城乡规划法》第四十条的规定，根据《城市规划法》第四十条、《城乡规划法》第六十四条的规定，限其自接到处罚决定书之日起三日内自行拆除违法建设。对此，原告徐国才不服遂申请行政复议，2011年8月3日，淮安市城市管理行政执法局作出淮城复字［2011］第2号《行政复议决定书》，维持了楚州区城市管理行政执法局作出的《行政处罚决定书》。2012年4月10日，淮安区城管局向原告徐国才发出《履行行政决定催告书》，要求其二日内依

法履行行政处罚决定书规定的义务，2012年4月15日，淮安区城管局根据《行政处罚法》第五十条第（三）项规定，向被告淮安区政府申请强制执行。2012年4月11日，被告淮安区政府发出淮强拆公字［2012］第00002号《行政强制拆除公告》，要求原告徐国才五日内履行自行拆除义务，逾期将依据《城乡规划法》第六十八条规定，责成有关部门对违法建筑予以强制拆除，同时，告知其自收到该公告三日内有权到区政府法制办进行陈述和申辩。2012年4月19日，被告淮安区政府作出淮强拆决字［2012］第1号《行政强制拆除决定书》。

【案件焦点】

县级以上地方人民政府本身是否具有强制拆除的权力。

【法院裁判要旨】

江苏省淮安市中级人民法院经审理认为：《中华人民共和国城乡规划法》第六十八条规定："城乡规划主管部门作出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设工程所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施"。依据该条规定，县级以上地方人民政府可以行使责成权，而非直接强制执行权，被责成的行政机关依法行使强制执行权。被告淮安区政府作出的《行政强制拆除决定书》没有法律依据。行政强制执行是指行政机关对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织依法强制履行义务或达到与履行义务相同状态。《中华人民共和国行政强制法》第三十四条规定："行政机关依法作出行政决定后，当事人在行政机关决定的期限内不履行义务的，具有行政强制执行权的行政机关依照本章规定强制执行"。据此，从该法第三十四条至第三十八条，行为主体均为有强制执行权的行政机关。故被告作出行政强制拆除决定已超出其职权范围，应予撤销。

江苏省淮安市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1、2目之规定，作出如下判决：

撤销被告淮安市淮安区人民政府于2012年4月19日作出的淮强拆决字［2012］第1号《行政强制拆除决定书》。

【法官后语】

《行政强制法》第四十四条规定："对于违法的建筑物、构筑物、设施，行政机关可以依法强制拆除"。行政机关，是指按照国家宪法和有关组织法的规定而设立的，代表国家依法行使行政权，组织和管理国家行政事务的国家机关，是国家权力机关的执行机关。在强制拆除违法建筑案件中，对于"行政机关"的认定，将直接关系到行政诉讼被告主体资格是否适格的问题，成为司法审查的关键。

1. 县级以上人民政府不具有强制执行权。

《行政强制法》第三十四条规定："行政机关依法作出行政决定后，当事人在行政机关决定的期限内不履行义务的，具有行政强制执行权的行政机关依照本规定强制执行。"该条款中涉及两个"行政机关"，一个是作出"行政决定"的机关，一个是"具有行政强制执行权"的机关。结合《城乡规划法》第六十八条规定："城乡规划主管部门作出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设工程所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施。"第一个"行政机关"，即作出"限期拆除决定"的"行政机关"，为"城乡规划主管部门"；第二个"行政机关"，即实施"强制拆除"的"行政机关"，也就是"具有行政强制执行权的行政机关"，按照文义解释的方法，应为"建设工程所在地县级以上地方人民政府责成的有关部门"。"行政主体在前面作出一个行政命令，并且该命令已经获得最终效力，事后根据该命令实施一种强制行为，那么，事前的行政命令作为单独的具体行政行为（命令性决定）对待，事后的行政强制行为便作为行政强制执行对待。"① 根据职权法定的原则，县级以上地方人民政府（以下简称县级以上政府）本身并不具有强制拆除的权力，而仅具有责成有关部门依法行使强制执行权的权力，即责成权。

2. 被责成的行政机关依法具有强制拆除权。

依据《行政强制法》的规定，作出"强制拆除决定"、实施"强制拆除"的主体应为被责成的行政机关。根据实际情况，笔者认为，被责成的行政机关可以分为两类，一类是作出限期拆除决定的原机关，即城乡规划主管部门，在此称为原处罚

---

① 胡建淼："论中国'行政强制措施'概念的演变及定位"，载《中国法学》2002年第6期。

机关；另一类是原处罚机关之外的其他行政机关，包括土地、司法、公安等机关。原处罚机关作出限期拆除决定之后，当事人未自觉履行拆除义务的，经原处罚机关向当事人催告并向社会公告之后，当事人仍未自行拆除的，原处罚机关申请县级以上政府责成有关部门进行强制拆除。县级以上政府的责成方式可以是个案责成，即一案一责成的方式；也可以是概况性责成，即将强制拆违案件统一责成特定行政机关处理。从强制拆违程序的连贯性而言，以一案一责成的方式，由作出限期拆除决定的原处罚机关作为行政强制拆除的主体，并可责成其他行政机关协助执行的方式较为适宜。由被责成的行政机关依法作出强制拆除决定，并予以执行。

编写人：江苏省淮安市中级人民法院　孙聂娟

60

因查封、扣押发生的保管费用是否应由行政机关负担

——徐晓针诉淮安市公安局交通巡逻警察支队二大队交通行政强制措施案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省淮安市中级人民法院（2012）淮中行终字第0064号行政判决书

2. 案由：交通行政强制

3. 当事人

原告（上诉人）：徐晓针

被告（被上诉人）：淮安市公安局交通巡逻警察支队二大队

【基本案情】

2012年3月14日13时50分许，淮安市公安局110指挥中心接到徐晓针报警电话，称：西大街116号门前发生人车碰撞、有人受伤的交通事故。即指令交警二大队处理。民警到现场处置时扣留了嫌疑车辆苏HBV675别克轿车，开具一份日期

为2012年3月14日、编号为3208113000291162的公安交通管理行政强制措施凭证，因徐晓针拒签，后又出具一份日期为2012年3月17日、编号为3208113000291221的公安交通管理行政强制措施凭证。徐晓针签收但提出第二份行政强制措施凭证没有当场作出、自己不是交通事故当事人、扣留车辆的具体行政行为在程序上违法为由，要求判决该具体行政行为违法并返还320元车辆保管费。交警二大队否认程序违法，认为第二份凭证只是起到一个扣车证明的作用，且徐晓针所有的苏HBV675别克轿车被扣留期间的保管行为与收费行为不是执法行为，与交警二大队无关。

【案件焦点】

1. 交警二大队出具两份行政强制措施凭证，是否是对徐晓针的车辆实施两次扣留措施；2. 由一名交通警察作出扣留凭证程序是否属于程序违法；3. 收取车辆保管费320元的行为是行政行为还是民事行为。

【法院裁判要旨】

江苏省淮安市清浦区人民法院经审理认为：涉案第一份编号为3208113000291162的行政强制措施凭证是现场出警民警依照《道路交通安全违法行为处理程序规定》第二十三条规定进行制作并送达的。且该凭证上已由现场出警民警注明当事人拒签，应视为有效送达。因徐晓针拒签后，又索要扣车凭证，交警二大队又续开3208113000291221号行政强制措施凭证的行为虽存有瑕疵，但并不违法。对于徐晓针要求返还320元车辆保管费的问题，因其未提供事实依据证明该收费行为与交警二大队有关联，应当承担举证不能的法律后果，对于其诉讼请求依法不予支持。

淮安市清浦区人民法院依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第一款第（二）项之规定，作出如下判决：

驳回原告徐晓针要求确认被告淮安市公安局交通巡逻警察支队二大队作出的3208113000291221号行政强制措施凭证具体行政行为违法并要求返还320元车辆保管费的诉讼请求。

徐晓针持原审起诉意见提起上诉。淮安市中级人民法院经审理认为：车辆被扣留后，因徐晓针对第一份扣留凭证拒收，交警二大队在徐晓针同意签收的情况下，

又出具了第二份扣留凭证。交警二大队重复出具行政强制措施凭证，其执法行为不规范，应当在今后工作中加以改进。鉴于第二份行政强制措施凭证是在徐晓针同意签收的情况下补办的，且并非是针对车辆重复扣留，故该行政行为不属严重违法，而属行政瑕疵。

公安部颁布的《道路交通安全违法行为处理程序规定》第二十三条第二款规定："现场采取行政强制措施的，可以由一名交通警察实施，并在二十四小时之内将行政强制措施凭证报所属公安机关交通管理部门备案"。本案中，当交通事故发生后，当时有两名交通警察参加处理，但在出具行政强制措施凭证时，只有一名交通警察签字，出警交通警察根据公安部现行法律规定执行，由一名警察具体实施，不属于严重违反法律程序，应属行政执法瑕疵。

依据《中华人民共和国行政强制法》有关规定，因查封、扣押发生的保管费用由行政机关承担。徐晓针车辆被扣留后，因车辆并没有存放在交警二大队处保管，而是存放在淮安经济开发区互通高速吊装中心清浦服务部保管，由此产生的保管费用应由交警二大队交警二大队承担。鉴于该320元车辆保管费并非是交警二大队收取，徐晓针认为收费行为违法的观点没有事实根据。徐晓针可在本判决生效后，直接持相关凭证，要求交警二大队处理，交警二大队应主动、积极、及时地将320元车辆保管费支付给徐晓针。原审人民法院判决驳回徐晓针要求返还320元车辆保管费的诉讼请求并无不当，但原审法院认为该320元车辆保管费与具体行政行为无关联的理由不能成立，本院予以纠正。

淮安市中级人民法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的处理重点在于行政强制措施凭证上只有一名交通警察签字是否严重违反法定程序以及车辆保管费的收取行为与交通行政强制措施之间是否有关联。

行政执法过程中，执法人员采取强制措施时往往有两名或者多名执法人员在场，但是出具给相对人的行政强制措施凭证上却往往只有一个执法人员的名字。《行政强制法》第十八条规定："实施行政强制措施的，应当由两名以上行政执法

人员实施”。公安部《道路交通安全违法行为处理程序规定》第二十三条第二款规定：“现场采取行政强制措施的，可以由一名交通警察实施，并在二十四小时之内将行政强制措施凭证报所属公安机关交通管理部门备案”。本案中，当交通事故发生后，是有两名交通警察出警参加处理，只是在出具行政强制措施凭证时，只有一名交通警察签字，出警交通警察根据公安部规定由一名交通警察实施了行政强制措施，因此不属于严重违反法律程序，应属行政执法瑕疵。

现实生活中车辆因违法被扣后由车主缴纳车辆保管费的现象并不少见，但是车主对承担此保管费的法律依据却并不知晓，这也是一直以来困扰车主的问题。《行政强制法》颁布施行之后，其第二十六条第三款规定：“因查封、扣押发生的保管费用由行政机关承担”。具体到本案中，一审判决驳回徐晓针要求返还320元保管费的诉讼请求并无不当，只是说理不当。徐晓针车辆被扣留后，由交警二大队存放在淮安经济开发区互通高速吊装中心清浦服务部，因此交警二大队与清浦服务部之间系民事合同关系，由此产生的保管费用也应由交警二大队承担。

编写人：江苏省淮安市中级人民法院　阴文婷

61

交警大队未履行正当法律程序对违法停放的机动车实施强制拖移的行为构成违法

——周仰东诉厦门市公安局交通警察支队思明大队道路交通行政强制措施案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦行终字第116号行政判决书

2. 案由：道路交通行政强制措施

3. 当事人

原告（上诉人）：周仰东

被告（被上诉人）：厦门市公安局交通警察支队思明大队（以下简称思明交警大队）

【基本案情】

周仰东于2010年9月12日将闽EB6936号小轿车停放在厦门市东明路中祥大厦大门口。因系违法停放，造成交通堵塞，思明交警大队派员前往现场处置。在处置过程中，因该车未悬挂号牌且挡风玻璃内的车辆识别代码被卡片遮住，且驾驶人不在现场，遂将该车拖至黄厝停车场。周仰东误以为其车辆失窃，向厦门市公安局思明分局刑侦大队报案，称其所有的闽EB6936号车辆被盗，经立案侦查，未能查获。2011年7月30日，厦门市公安交通管理局通知原告前往处理其车辆。

另查明，2010年12月18日，中国人民财产保险股份有限公司漳州市分公司理赔中心支付周仰东闽EB6936号小型汽车保险赔款100701.2元。

【案件焦点】

对违法停放的机动车实施强制拖移，执法机关应在合理时间内告知车辆所有权人，否则，应视为执法程序不当。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：思明交警大队将周仰东违法停放的车辆实施拖移的行为事实认定清楚、证据确实充分、程序适当、适用法律法规正确，该行政强制措施符合法律规定。因周仰东未悬挂号牌，且挡风玻璃内的车辆识别代码被卡片遮住，致使思明交警大队无法通过检索车辆信息的方式获得车辆所有人的联系方式，从而无法及时告知车辆所有人，思明交警大队在主观上不存在过错。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定，判决驳回原告周仰东的诉讼请求。

宣判后，周仰东不服原审判决，提起上诉。厦门市中级人民法院经审理认为：根据《中华人民共和国道路交通安全法》第五条及参照公安部颁布的《道路交通安全违法行为处理程序规定》第四条的规定，思明交警大队对其辖区内的车辆违法行为，有权依据上述法律、规章规定予以管辖，其职权来源合法。参照公安部《道

路交通安全违法行为处理程序规定》第三十一条的规定，本案闽 EB6936 号小型汽车停放于人行道上，且驾驶人不在现场，现场执勤警察在拍照后，将违法停放的车辆拖移至指定停车场，于法有据。参照公安部《道路交通安全违法行为处理程序规定》第三十二条的规定，本案执勤民警在拖移违法停放的机动车后，只是将处置情况反映至厦门市公安局 110 指挥中心，未按规定设置拖移机动车专用标志牌明示，也未在合理的时间内采用积极的方式查找并通知车辆所有人。虽然本案中上诉人未悬挂车辆号牌的行为亦违反交通法律规定，但不能成为被上诉人不积极作为的理由。被上诉人未依法履行告知义务，违反了规章的规定和要求，其执法程序存有不当。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（二）项，《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条第二款第（二）项之规定，判决：

一、撤销厦门市思明区人民法院（2012）思行初字第 82 号行政判决；

二、确认思明交警大队拖移闽 EB6936 号小型汽车的行政强制措施程序违法。

【法官后语】

本案在于解决对违法停放的机动车拖移后，交警部门应采用何种方式、在什么时间内告知车辆所有人，方符合正当的法律程序的要求。

正当法律程序虽非我国首创，但在我国的《行政处罚法》、《行政许可法》等等法律中都有了相关的规定，说明正当法律程序原则已在中国落地生根。正当法律程序的追求在于保障行政相对人的合法权益，推动行政行为过程的公开，防止行政恣意，促进实体的公开。因此，行政机关在实施行政行为中必须依据正当法律程序原则进行。国务院《全面推进依法行政实施纲要》中明确规定：“行政机关实施行政管理，除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私外，应当公开，注意听取公民、法人和其他组织的意见；要严格遵循法定程序，依法保障行政管理相对人、利害关系人的知情权、参与权和救济权”。

每个公民，特别是每个驾驶人都有义务维护交通秩序，按照道路交通法规予以执行，保障道路交通的有序、安全、畅通。违法停放的机动车，对于妨碍车辆、行人通行的车辆，道路交通执法部门有权在固定证据的情况下，将其拖移至指定场所，这是规章赋予执法部门的执法权限，同时规章也明确规定了采取拖移机动车后

应该通知行政相对人，保护当事人的知情权，主要方式有：一是应当公开实施拖移机动车行为的机关的查询电话；二是通过设置专用标志牌明示原停放在某处的车辆已被拖移至他处；三是以其他方式告知当事人。本案查明的事实表明，道路交通执法部门并未公布实施拖移机动车的行政机关的查询电话，在拖移现场也未设置标志牌告知，执勤警察将违法停放车辆拖至指定停车场，只将拖车信息反馈至“110”指挥中心，并未通知车辆所有人。执法部门这种只负责执法，而忽视法定程序规定的做法，忽略了当事人的知情权等法定权利，明显违反正当法律程序，同时，也与规章的规定相悖。

行政机关的具体行政行为应该在合理的时间内作出，否则亦应视为不当。本案道路交通执法部门在2010年9月12日拖移机动车后，直至2011年7月30日才书面通知车辆所有人前往处理违法事宜，时间长达十个月，明显未及时将拖车事由告知车辆所有人，存在消极、懈怠作为的情形。即使如执法部门主张的被拖移的车辆未悬挂车牌，遮盖车辆识别代码，无法查找车辆所有人，但作为执法部门，可以采取技术手段打开车门，获取相关信息，且后续行政机关的做法，亦是采用此种技术手段获取车辆所有人的信息，执法部门完全可以在拖移车辆后马上实行该做法，而无须等到十个月后才进行，因此，行政机关明显存在未在合理的时间内积极作为的情形，所导致的后果是车辆所有人误以为车辆被盗，向公安刑侦机关报案车辆被盗抢，后通过保险公司对所投保的车辆进行了盗抢险理赔的乌龙事件的发生。

综上，思明交警大队拖移机动车的行为因执法程序存有不当，对该行为应予撤销，但因本案拖移机动车的行政执行行为已实行完毕，不具有可撤销的内容，法院据此判决确认思明交警大队的拖车行为违法，判决方式准确。

编写人：福建省厦门市中级人民法院　林琼弘

七、行政裁决

62

土地遗留房屋确权纠纷以土改时所确定的产权为准

——王永昌等诉安溪县人民政府土地权属争议处理决定案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省泉州市中级人民法院（2012）泉行终字第135号行政判决书

2. 案由：土地权属争议处理决定

3. 当事人

原告（上诉人）：王永昌、王庆芳、王庆辉

被告（被上诉人）：安溪县人民政府

【基本案情】

本案争议的房屋“种玉园”右侧过水间址在安溪县西坪镇平原村“种玉园”厝，1952年土改时“种玉园”右侧过水间登记在第三人王高明之父王钟一家名下。1954年9月份土地改革复查时，原告王庆芳、王庆辉之父王成文（原告王永昌之祖父）被定为地主成分，其“琼林堂”5间房屋被没收，并部分留作乡财，部分分给农民，王成文于1954年6、7月间被集中到“种玉园”监管，开始长期居住在该幢房屋内，土改时登记在王钟名下的“种玉园”右侧过水间房屋，1954年9月份土改复查后由王成文长期居住。原告与第三人王高明因该房产的权属问题曾发生过多次纠纷，原告王永昌、王庆芳、王庆辉于2011年7月28日向被告安溪县人民政

府申请处理该房产的权属纠纷，被告安溪县人民政府于2012年2月6日作出[2012]20号文《关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》，当事人不服，王永昌、王庆芳、王庆辉向泉州市人民政府申请复议，泉州市人民政府于2012年5月17日作出泉政行复[2012]39号《行政复议决定书》，维持安溪县人民政府[2012]20号《关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》的处理决定，原告仍不服，于2012年6月5日向本院提起行政诉讼。

被告安溪县人民政府向本院提交中华人民共和国国土资源部颁布的《土地权属争议调查处理办法》，证明县级人民政府具有查处土地权属争议案件的法定职权。

原告王永昌等认为：安溪县人民政府安政综[2012]20号文《安溪县人民政府关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》中第四条的行政认定是违背事实及法律的。原告对此错误认定不服，要求撤销。被告安溪县人民政府认为：其根据事实、依据法律、法规作出安政综[2012]20号《安溪县人民政府关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》，认定"种玉园"右侧过水间仍应以土改时登记确认的产权归属为准，认定为王钟之子王高明所有。事实清楚，证据确凿，适用法律、法规正确，请予以维持。第三人王高明认为："种玉园"右侧过水间的产权，根据土改时登记的事实，虽由原告使用，但未曾进行过变更登记，仍应以土改时登记确认的产权归属为准，要求维持政府的处理决定。

【案件焦点】

安溪县人民政府作出安政综[2012]20号文《关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》中作出的认定"被申请人王高明拥有'种玉园'右侧过水间房屋居住使用权，确认其相应房屋的土地使用权"的决定是否正确。

【法院裁判要旨】

福建省泉州市安溪县人民法院经审理认为："种玉园"厝右侧过水间，土改时登记在王钟（第三人王高明之父）名下，土改后又一直未做变更登记。1954年9月份土改复查后由王成文长期居住，根据以上事实，依据有关土地改革房屋产权遗留问题的相关规定，即土改时房屋确权明确，土改后又一直未做变更登记的，该屋虽长期由他人居住使用，仍应以土改时的契证登记确定产权归属。被告安溪县人民政府认定第三人王高明拥有"种玉园"右侧过水间房屋居住使用权，确认其相应房

屋的土地使用权归属的事实依据充分。综上，安溪县人民政府［2012］20 号文《关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》第四条，关于“种玉园”厝右侧过水间问题的认定，事实清楚，法律依据充分，程序合法，原告要求撤销所提出的理由不能成立，不予采纳。对于被告请求维持的主张，本院予以支持。

福建省安溪县人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（一）项之规定，作出如下判决：

维持被告安溪县人民政府（2012）20 号文《关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》第四条的处理决定；

本案案件受理费 50 元，由原告王永昌、王庆芳、王庆辉负担。

原告王永昌、王庆芳、王庆辉持原审意见提起上诉。福建省泉州市中级人民法院经审理后认为：本案的争议焦点主要是被上诉人安溪县人民政府作出安政综［2012］20 号文《关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》中认定“被申请人王高明拥有‘种玉园’右侧过水间房屋居住使用权，确认其相应房屋的土地使用权”是否正确。从被上诉人提供的西坪镇平原村委会证明、4 份调查笔录，以及上诉人提供的 7 份证据和原审第三人提供的 14 份证据，可以证实被上诉人认定“王高明拥有‘种玉园’右侧过水间房屋居住使用权，确认其相应房屋的土地使用权”的主要依据是 1952 年 2 月土改时颁发给原审第三人王高明父亲王钟的安证字第 70493 号《福建省安溪县土地房产所有证》。根据《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第（五十三）项的规定：“有关土地遗留的房屋确权纠纷，一般应以土改时所确定的产权为准。”因此，被上诉人作出安政综［2012］20 号文《关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》并无不当。上诉人主张 1954 年 9 月份土改复查后王高明将右侧过水间房屋与上诉人调整换得林醒的“存德堂”，并未提供有效的证据予以证明，其提出的上诉请求和理由不能成立，依法应予以驳回。一审法院判决中认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法，应予维持。

福建省泉州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，作出判决如下：

驳回上诉，维持原判；

二审案件受理费 50 元，由上诉人王永昌、王庆芳、王庆辉负担。

【法官后语】

本案的争议焦点主要是被上诉人安溪县人民政府作出安政综［2012］20号文《关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》中认定“被申请人王高明拥有‘种玉园’右侧过水间房屋居住使用权，确认其相应房屋的土地使用权”是否正确。

当就房屋居住使用权发生争执时，通常要求双方举出证据，证明其拥有相应房屋的土地使用权。但经常发生这样的情形：因为年代久远，很难判断该房屋的土地使用权的权属。我国自1949年以来，农村历经土地改革、互助组、合作社、大跃进、公社化等运动，城市国有企业、集体企业也经历多次合并、分立、转制，导致财产关系混乱和产权界限不清。新中国成立以后，中国立即在全国范围内实行了土地改革。此项改革由于工作量大、持续的时间短，因此，产权登记中出现个别错登、漏登或重复登记的现象，亦在所难免。因此，土改之后遗留的土地、房屋产权纠纷发生较多。其中，土地纠纷因五十年代在农业合作化过程中土地归集体所有而消失，但房屋产权纠纷则时有发生。对土改遗留的房屋产权纠纷的处理，1963年第一次全国民事审判工作会议讨论通过的《最高人民法院关于贯彻执行民事政策几个问题的意见（修正稿）》中规定：“对土改遗留问题的处理，一般的应该以土改时决定的产权为准，当时决定归谁所有，即应归谁所有，不再变动。”此项规定，在1978年第二次全国民事审判工作会议讨论通过的《关于贯彻执行民事政策法律的意见》中，1984年第四次全国民事审判工作会议讨论通过的《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中，都作了重申。因此，它是人民法院处理土改遗留的房屋产权纠纷所应遵循的一项重要的依据。

针对本案的争议纠纷，安溪县人民法院根据原、被告双方提供的证据查明安溪县人民政府认定“王高明拥有‘种玉园’右侧过水间房屋居住使用权，确认其相应房屋的土地使用权”的主要依据是1952年2月土改时颁发给原审第三人王高明父亲王钟的安证字第70493号《福建省安溪县土地房产所有证》。因此，安溪县人民政府作出安政综［2012］20号文《关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》并无不当。王永昌等主张1954年9月份土改复查后王高明将右侧过水间房屋与上诉人调整换得林醒的“存德堂”，并未提供有效的证据予以证明，故安溪县人民法院依据上述处理土改遗留的房屋产权纠纷的原则，判决维持被告安溪县人民政府

［2012］20 号文《关于平原村种玉园土地权属争议处理决定书》第四条的处理决定。

编写人：福建省泉州市安溪县人民法院　陈志生

63

拆迁纠纷的诉讼管辖

——郭顺福诉宜昌市房产管理局不予受理其行政裁决申请决定案

【案件基本信息】

1. 裁定书字号

湖北省宜昌市三峡坝区人民法院（2012）三行初字第 00005 号行政裁定书

2. 案由：不予受理行政裁决申请决定

3. 当事人

原告：郭顺福

被告：宜昌市房产管理局

【基本案情】

2010 年 6 月 4 日，被告宜昌市房产管理局向拆迁人宜昌市黑旋风置业公司颁发拆许字［2010］第 14 号房屋拆迁许可证，该拆迁许可证载明的拆迁范围包括本案原告所承租的房屋，拆迁实施单位为武汉战友公司，拆迁时间为 2010 年 6 月 10 日至同年 12 月 10 日，并在三峡晚报上进行拆迁通告。2010 年 10 月，武汉战友公司在天府鱼庄餐馆地段建起了拆迁围墙，2011 年 10 月天府鱼庄被战友公司强制拆迁。2012 年 4 月 25 日，武汉战友公司与房屋所有权人王俊（王俊系华侨，现居住在香港，其在宜昌市港窑路 22 号的房屋租赁事宜均委托其父亲王文清处理）签订了拆迁补偿协议，约定武汉战友公司一次性给予王俊货币补偿 3563579. 8 元，其中建筑物补偿 3394040 元、装潢补偿 66759 元、临安补助费 33940. 4 元、其他补偿费（指电表、水表、燃气初装等）4900 元、搬家费 33940 元和搬家奖金 30000 元。

2006年8月，郭顺福承租王俊所有的位于宜昌市港窑路22号门面做餐饮生意，郭顺福将餐馆登记为宜昌开发区福聚轩卤腊坊，但对外称为“天府鱼庄”。2008年7月，郭顺福对该餐馆进行了重新装修，并于同年7月15日，将餐馆承包给周生辉经营。2010年7月30日，郭顺福与王文清（王俊之父）补签了房屋租赁合同，约定租赁期限为2006年8月1日至2012年7月31日，租金为5000元/月。2011年5月4日，郭顺福与王文清签订了一份房屋租赁补充协议，约定双方合同的有效期为从2006年8月1日起至2011年8月1日止，从2011年2月起，郭顺福自行向房屋拆迁人协商解决房屋装修补偿、停产停业补偿及设备设施赔偿事宜。

原告于2012年2月12日向法院提起民事诉讼，2012年6月5日本院作出（2012）鄂三峡民初字第87号民事裁定书，对其诉求予以驳回。宜昌市中级人民法院于2012年10月16日作出的（2012）鄂宜昌中民一终字第00600号民事裁定书对一审民事裁定予以维持。原告又于2012年7月9日向被告宜昌市房产管理局提出行政裁决申请。2012年7月12日，被告宜昌市房产管理局作出不予受理决定。原告认为：被告此举系拒不履行法定职责的行为，遂于2012年9月11日向本院提起行政诉讼。在诉讼中，原告于2012年10月16日以其与本案有关联的民事诉讼正在二审审理中为由，申请本案中止审理。2012年12月3日原告申请继续审理。在2012年12月12日庭审中，经法院释明，被告将诉讼请求变更为：确认被告宜昌市房产管理局作出的行政裁决不予受理通知书违法，予以撤销，并责令被告重新作出裁决。

【案件焦点】

拆迁纠纷的管辖。

【法院裁判要旨】

原告郭顺福、被告宜昌市房产管理局、案外人宜昌市黑旋风置业有限公司达成了庭外和解协议并实际解决了纷争，且没有损害社会公共利益和违背法律禁止性规定，对于原告郭顺福撤回起诉的申请，理应准许。宜昌市三峡坝区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十一条及参照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条的规定，裁定如下：

准许原告郭顺福撤回起诉。

【法官后语】

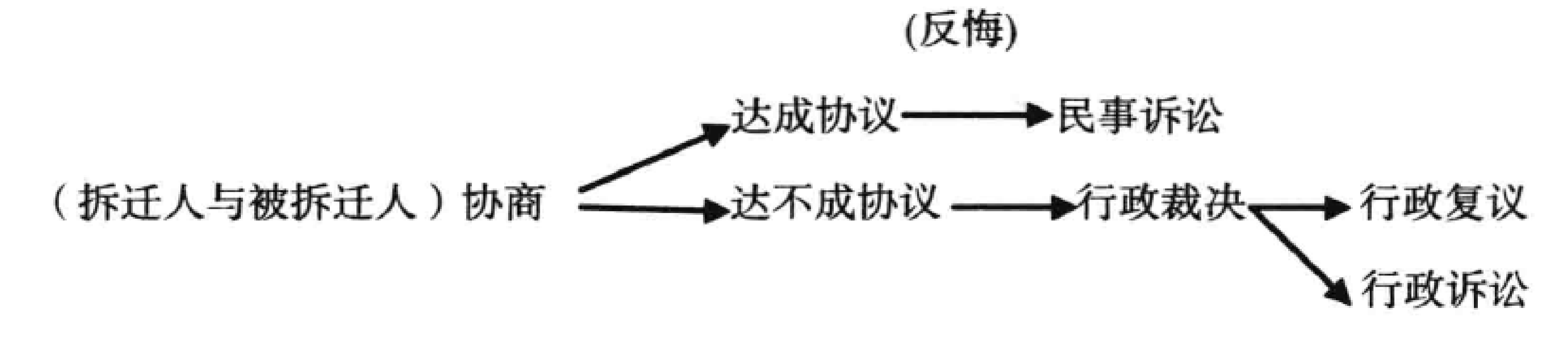
本案涉及的焦点是拆迁纠纷的诉讼管辖问题，有必要予以厘清。

1. 拆迁补偿安置纠纷的解决机制：

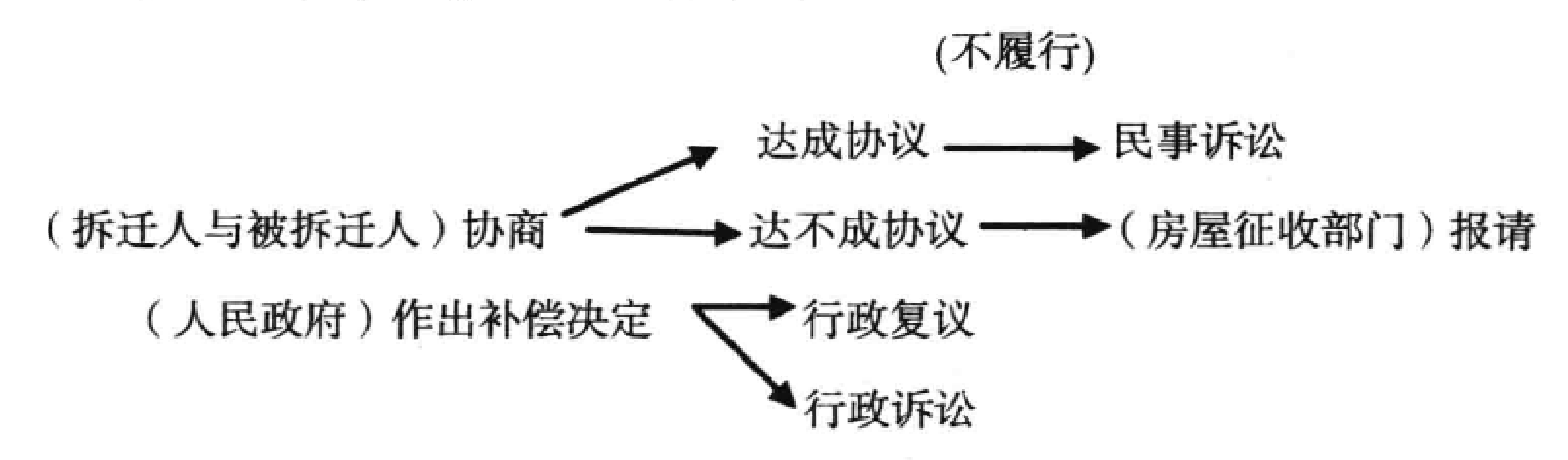
（1）1991年《条例》和（1996）12号《批复》规定的解决机制：



（2）2001年《条例》和（2005）9号《批复》规定的解决机制：



（3）2011年《条例》规定的解决机制：



拆迁人与被拆迁人对拆迁补偿安置的相关问题进行协商而达成协议，是通过双方意思表示一致建立起来的交易关系，属于民事合同范畴，受合同法调整。当一方反悔或不履行时，另一方可提起民事诉讼追究对方的违约责任。

若拆迁人与被拆迁人对拆迁补偿安置的相关问题不能协商达成一致意见，就说明双方的权利义务处于不确定状态。这种不确定状态只能由作出许可拆迁决定的管理部门确定，而不能由人民法院确定。法院的中立性和被动性决定了法院不能通过判决强制地为当事人设定一定的权利义务。况且拆迁人拆迁的权利、被拆迁人搬迁

的义务都是由房屋拆迁管理部门的行政许可行为设定的，对于这类争议理应由行政机关先行处理，即由行政行为的先定力将不确定的权利义务关系加以确定，同时要防止行政机关权力滥用，赋予当事人更多的救济途径。

而本案中建设部颁布的《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》（以下简称《规程》）第八条规定不予受理行政裁决申请的情形中把房屋已经灭失也包括在内，而2001年《条例》并没有将房屋灭失的情形排除在补充安置裁决之外，于是出现了冲突。对这种冲突如何处理？就法的效力位阶来说，2001年《条例》属于行政法规，而《规程》属于部门规章，下位法违反上位法，该条款属于无效条款。实际上，建设部在制定该条时，认为对灭失房屋的补偿安置纠纷虽不被行政机关受理和裁决，但依据［1996］12号《批复》还可以向人民法院就补偿安置问题提起民事诉讼，因而还是有解决途径的。但根据2001年《条例》和［2005］9号批复的规定，人民法院再将其作为民事案件受理此类案件就属于违法。如果仍然适用该条款不仅违反了上位法的规定，也必然造成实践中的混乱，而且该条款本身也并不合理。因此，实践中对于已灭失房屋的补偿安置纠纷仍要经过裁决予以解决。

2. 拆迁人违法拆除房屋的，被拆迁人可以提起民事侵权诉讼。

拆迁人与被拆迁人没有达成拆迁补偿安置协议，那么拆迁人就没有法定或约定的依据对房屋实施拆除，侵害了被拆迁人的权益，属民事侵权行为，被拆迁人可提起财产损害赔偿之诉。这里要强调的一点是，被拆迁人还可以就补偿安置问题向拆迁管理部门申请裁决。拆迁管理部门仅就被拆迁房屋的补偿安置问题作出裁决或补偿决定。对拆迁人违法拆除造成的其它损害则只能通过民事诉讼予以救济。如果被拆迁人以民事侵权为由提起诉讼的同时，又申请裁决或作出决定，拆迁管理部门对裁决申请不应当受理，这是因为受司法权优先原则的拘束。如果被拆迁人在以补偿安置纠纷为由提起民事诉讼的同时，又申请裁决或作出决定，人民法院对起诉应不予受理，当事人只能通过裁决或决定来解决纠纷，对裁决或决定不服的，向人民法院提起行政诉讼，这是因为受正当程序原则的拘束。

3. 行政机关滥用职权，违法强制拆迁，就是行政侵权。

被拆迁人可以以行政机关为被告，拆迁人为第三人向人民法院提起行政赔偿诉讼。

编写人：湖北省宜昌市三峡坝区人民法院　张青山

64

未经登记建筑物的合法性认定及征收补偿

——蔡丽琼诉厦门市国土资源与房产管理局房屋拆迁行政裁决案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦行终字第134号行政判决书

2. 案由：房屋拆迁裁决

3. 当事人

原告（被上诉人）：蔡丽琼

被告（上诉人）：厦门市国土资源与房产管理局

【基本案情】

厦门市思明区鼓浪屿鼓新路57号房屋系公产。2006年3月10日，厦门市鼓浪屿房屋管理所与原告蔡丽琼签订《住宅租赁合同》，原告承租建筑的面积为44.56平方米。厦门市思明区鼓浪屿鼓新路57号之三房屋坐落于鼓新路57号房屋门前，系原告的自建房屋。根据原告提供的《声明书》，原告邻居对鼓新路57号之三房屋建造于1977年予以签名证明，原告所在的内厝沃社区居民委员会盖章确认证明人为辖区居民，鼓浪屿街道办事处盖章确认同意社区居民委员会的意见。

2010年8月3日，厦门市人民政府作出厦府地［2010］289号《厦门市人民政府关于鼓浪屿中国美术馆分馆配套建设工程整体拆迁安置项目拆迁用地的批复》。2010年9月2日，被告发布厦国土房拆通［2010］37号《关于“鼓浪屿中国美术馆分馆配套建设工程整体拆迁安置项目”拆迁用地房屋拆迁通告》，项目拆迁人为第三人厦门市鼓浪屿-万石山风景名胜区管理委员会。鼓浪屿鼓新路57号及鼓新路57号之三房屋属于该项目拆迁范围。

在拆迁过程中，拆迁实施单位与原告及其儿子进行商谈，但因双方意见差距较

大无法达成拆迁安置补偿协议。第三人于2011年6月13日向被告提出裁决申请。2011年7月18日，被告作出厦国土房拆［2011］20号《裁决书》。裁决主要解决鼓新路57号之三房屋的补偿问题。被告认为因该房屋无合法批建手续，且被申请人也未提供相关土地和房屋的权属来源依据，依法不能按有产权房屋的标准给予申请人补偿安置；故对被申请人提出的该房屋要按有产权房屋的标准给予补偿安置的要求，不予支持。被申请人如配合拆迁自行搬迁，申请人可按重置价结合成新给予适当补助。

【案件焦点】

蔡丽琼自建的鼓新路57号之三房屋的补偿安置问题。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：根据《厦门市城市房屋拆迁管理规定》（2003年修订）的规定，不予补偿的情形如下：违章建筑和超过批准期限的临时建筑（第四十四条）；被拆迁人、房屋承租人在拆迁公告发布后继续进行房屋新建、改建、扩建等工程建设的部分和房屋装修的部分（第四十五条）。被告以原告自建的鼓新路57号之三房屋“无合法批建手续，且被申请人也未提供相关土地和房屋的权属来源依据”为由，裁决不予补偿。对此，本院认为，被告及其他行政主管部门并未认定原告自建房屋属违章建筑或超过批准期限的临时建筑，其在《裁决书》中所适用的第四十五条亦与本案案情不符。因此，对被告对自建房屋的裁决，适用法规错误，依法应予撤销。

厦门市思明区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第2目之规定，作出如下判决：

一、撤销被告国土资源与房地产管理局于2011年7月18日作出的厦国土房拆［2011］20号《裁决书》中关于鼓新路57号之三房屋的裁决部分；

二、维持厦国土房拆［2011］20号《裁决书》的其他裁决部分。

厦门市国土资源与房产管理局提起上诉。厦门市中级人民法院经审理认为：本案争议焦点在于对蔡丽琼自建的鼓新路57号之三房屋的补偿安置问题。上诉人主张因该房屋无合法批建手续，蔡丽琼未能提供相关土地和房屋的权属来源依据，不能按有产权房屋的标准给予补偿安置。该自建房屋的形成有其历史原因和过程，不

能简单地以没有合法批建手续，被拆迁人无法提供土地、房屋权属来源依据为由就作出不予补偿安置的裁决。参照《城市房屋拆迁工作规程》第八条第二款之规定："对于未取得房产证但能够证明该房屋是合法拥有的，由所在地房地产管理部门确认后，依法补偿；对于手续不全或者无产权产籍的房屋，应当经有关部门进行合法性认定后，依据相关法律法规处理"。本案中，在相关部门未对涉讼房屋性质作出认定之前，上诉人即根据原审第三人的申请直接认定不能给予补偿安置，缺乏事实和法律依据。

厦门市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案中，厦门市国土资源与房产管理局认为讼争的鼓新路57号之三房屋无合法批建手续，蔡丽琼未能提供相关土地和房屋的权属来源依据，在相关部门未对涉讼房屋性质作出认定之前，直接作出不予补偿安置的裁决。这一被诉裁决存在以下两方面的问题：一是认定事实不清。通常情况下，拆迁部门认定是否属于违法建筑的标准为是否经过有关部门的规划建设批准、有无取得房屋登记机关核发的产权证。但是在我国改革开放前的很长一段时间里，城市房屋所有权属于国家，私房很少，相关的建设审批、登记制度并不完善，在相当长的一段时间内很多地方没有开展城市房屋登记工作。直至上世纪80年代，《城市规划条例》、《城乡规划法》实施后，相关建设审批才逐步完善。1987年进行的房屋普查登记，由于各种原因，仍存在漏登的情况。到了90年代末，房改政策开始实施后，城市房屋登记工作才逐步走上正轨。在此历史背景下，如不区分具体情况，将未经审批、未取得产权登记的房屋一律作为违法建筑，不予补偿，显然是不尊重历史的。本案中，蔡丽琼主张鼓新路57号之三房屋系其一家人在1977年为解决居住困难而自建的房屋，且一直使用至今，并提供了邻居的证言予以证实。但是被告在裁决中，并未核实该情况，而简单地以该房屋未经登记为由，径直作出不能按照有产权房屋补偿安置的决定，该做法没有事实依据。二是违反法定程序。对历史遗留的未经登记房屋且存有违法建筑嫌疑的，应当依照《城乡规划法》的规定，由城市规划主管部门进行认定并依法作出处理决定，当事人有权就该处理决定申请行政复议或者向人民法院提起行政

诉讼。本案中，被告在未经有关部门对涉诉房屋性质作出认定之前，就径直作出不予补偿安置的决定，该做法既超越了拆迁管理部门的职责权限，也剥夺了当事人申请行政复议和提起行政诉讼的救济权利，程序不合法。

本案反映了行政机关在以往房屋征收拆迁中，为了降低拆迁成本，提高效率，存在将未经登记的房屋一律认定为违法建筑，不予补偿的做法。这种做法缺乏法律依据，脱离实际，极易引发争议。因此，在2012年开始施行的《国有土地上房屋征收与补偿条例》明确规定了征收决定作出前，必须要对征收范围内未经登记的建筑进行调查，只有被确认为违法建筑的，行政机关对该建筑物才不予补偿，未被确认为违法建筑的，行政机关应当按照该建筑物的实际面积依法予以补偿，以切实保护被征收人的合法权益。

编写人：福建省厦门市中级人民法院　宋希凡

八、行政赔偿

65

未明确保管义务人时行政机关是否负有赔偿责任

——福建省晋江市佳兴食品有限公司诉晋江市工商行政管理局强制措施行政赔偿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省泉州市中级人民法院（2012）泉行终字第22号行政判决书

2. 案由：行政赔偿

3. 当事人

原告（上诉人）：福建省晋江市佳兴食品有限公司（以下简称佳兴食品公司）

被告（上诉人）：晋江市工商行政管理局

【基本案情】

2004年7月19日被告根据举报，依法对颜锦森存放于陈情发宅内的酒类商品进行检查，发现现场存放的葵花牌金奖白兰地酒（12支装）1400箱未见标有生产日期，加丹啤酒16箱已过保质期，金沙老窖已过保质期，金沙老窖白酒（12支装）21箱生产日期为1996年2月10日（该酒没有保质期规定），即以颜锦森涉嫌无照经营销售酒为由予以立案，并对上述酒类商品进行查封。7月28日被告对颜锦森所购买的酒类数量、进价以及购买时间等问题进行询问，颜锦森回答当时购买数量在1600箱左右，每瓶进价在13元左右，于1996年从中国粮油食品进出口公司山

东省分公司酒类科购买的。随后，被告与原告于9月1日对被封存的葵花牌金奖白兰地酒共同进行抽样检验，结论为该样品所建项目符合GB11856－1997标准要求。被告遂于12月2日撤销该案，但没有将销案等法律文书送达颜锦森，也没有及时解除对该酒类商品的查封。在封存期间，该批酒被人载走（全部丢失）。2005年元月间被告向晋江市公安局报案。2007年元月25日原告委托厦门金科信资产评估有限责任公司对原告申报的酒类商品张裕白兰地（VSOP）［720ml］16800瓶进行价格咨询，结论为评估标的在评估时点2004年7月19日的评估价值为：RMB537600元。晋江市人民法院委托泉州名城有限责任会计师事务所"对诉争的1400箱（每箱12瓶）金奖白兰地酒类于2004年7月19日的价值进行评估"，结论为每瓶31元，价值人民币520800元。另原告提出金沙老窖共21箱，每箱12瓶，每瓶25元，价值为人民币6300元。

福建省晋江市佳兴食品有限公司认为被告在没有任何证据的情况下，以原告经营的酒类商品不合格为由，将原告的酒类商品就地查封，整个查封行为进行过程中没有出具任何手续。被告将被查封的酒类商品进行抽样检验且结果显示符合质量要求后，仍拒绝返还被查封的酒类商品，最终导致被查封的全部酒类商品丢失，侵害了原告的合法权益。请求依法判令被告赔偿原告经济损失人民币543900元，并支付自2004年7月19日起至实际支付赔款之日止，上述实际损失的相应利息。

晋江市工商行政管理局认为根据2004年8月5日颜锦森的询问笔录，可以看出颜锦森并没有指认晋江市佳兴食品有限公司为封存财物的货主。因此由福建省晋江市佳兴食品有限公司来主张权利，诉讼地位有待商榷。原告没有提供原始的进货价格凭证，仅以市场价确认损失额的主张没有法律依据。被告作出的行政强制措施执法来源合法，程序合法，适用法律正确，查封行为与酒类商品的丢失没有法律上的因果关系。另在销案通知书正式送达前，该批酒被人载走，被告与颜锦森均向晋江市公安局报案，但刑事案件没有进展，因此，本案应中止诉讼。

【案件焦点】

1. 工商行政管理局是否应当承担行政赔偿责任；2. 赔偿金额应如何计算；3. 原告的诉讼主体资格是否适格。

【法院裁判要旨】

福建省晋江市人民法院经审理认为：被告对颜锦森存放于陈情发宅内的酒类商品进行查封直至作出撤销案件后仍未解除对该批酒类的查封，且在不再需要查封的情况下，没有立即解除查封，在查封期间既没有妥善保管，也没有告知原告保管或者指定委托他人保管，造成该批酒类在查封期间全部被人载走（丢失）。因此，对原告违法实施查封的行政强制措施行为给原告造成的损失应予赔偿。可以按照晋江市人民法院委托评估的520800元，加上金沙老窖酒6300元作为赔偿数额基准。利息损失不属于赔偿范围，对于原告主张支付利息损失的诉求不予支持。虽然颜锦森没有说明其具有晋江市佳兴食品有限公司的企业法人营业执照，但该营业执照确实存在，且颜锦森又是原告的法人代表，应按实际情况对待。另酒的丢失虽涉及刑事案件，但不是本案中止诉讼的法定条件。从被告对颜锦森进行询问以及被告与颜锦森共同到现场对涉案酒类进行抽样检验的行为进行推理，可知颜锦森已经知道该批酒已被查封，因此，原告也负有一定的保管义务，理当承担一定的保管责任。

福建省晋江市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十八条、原《中华人民共和国国家赔偿法》第四条第（二）项、第二十八条第（二）项、第（四）项，《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十三条的规定，作出如下判决：

一、被告晋江市工商行政管理局应于判决生效后十日内赔偿原告福建省晋江市佳兴食品有限公司的经济损失316260元。（即金奖白兰地酒1400箱，每箱12瓶，评估价值人民币520800元，加上金沙老窖6300元，合计527100元，按60%计算）；

二、驳回原告福建省晋江市佳兴食品有限公司关于支付其于2004年7月19日起至实际支付赔款之日止，上述实际损失的相应利息的赔偿请求。

佳兴食品公司、晋江市工商行政管理局均不服一审裁定提起上诉，泉州市中级人民法院经审理认为：晋江市工商行政管理局在不再需要查封的情况下，仍没有立即解除查封。晋江市工商行政管理局在查封期间既没有妥善保管，也没有告知佳兴食品公司保管或者指定、委托他人进行保管，造成该批酒类在查封期间全部被人载走（丢失），且其违法行为与佳兴食品公司的损害结果存在法律上的因果关系。晋江市工商行政管理局因对佳兴食品公司违法实施查封的行政强制措施行为所造成的

损失应当承担全部的赔偿责任。佳兴食品公司要求晋江市工商行政管理局支付相应利息的赔偿请求，缺乏法律依据，对此不予支持。

福建省泉州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（二）项的规定，作出如下判决：

一、维持晋江市人民法院（2011）晋行初字第36号行政赔偿判决第（二）项，即驳回原告福建省晋江市佳兴食品有限公司关于支付其于2004年7月19日起至实际支付赔偿款之日止，上述实际损失的相应利息的赔偿请求；

二、撤销晋江市人民法院（2011）晋行初字第36号行政赔偿判决第（一）项，即被告晋江市工商行政管理局应于判决生效后十日内赔偿原告福建省晋江市佳兴食品有限公司的经济损失316260元；

三、晋江市工商行政管理局应于判决生效后十日内赔偿福建省晋江市佳兴食品有限公司的经济损失527100元。

【法官后语】

本案的处理存在以下三个争议焦点：

1. 工商行政管理局是否应当承担行政赔偿责任。晋江市工商行政管理局在被查封的酒已经检验合格、不再需要继续扣押的情况下，仍没有立即解除查封，造成涉案的酒类商品全部丢失。虽然被查封物品的损失是由于犯罪行为的介入导致，但是晋江市工商行政管理局既没有尽到妥善保管义务，也没有告知佳兴食品公司保管或者指定、委托他人进行保管，查封的强制措施行为与损害结果具有法律上的因果关系，应当承担行政赔偿责任。被查封物品原不在相对人的控制之下，如果以相对人知道查封的事实为由就判定相对人亦没有尽到保管义务，需分担一定损失责任于法无据。

2. 关于赔偿金额的计算。由于佳兴食品公司的法定代表人颜锦森无法提供当初购买酒类商品的发票，无法得知其实际支出的货款。依据公平原则，应参照市场价格对该批酒类商品进行估价。因此，赔偿的计算标准可以参考评估机构出具的评估意见书。而利息是基于原有物价值的孳息，不是直接损失，不属于国家赔偿的范畴，不应当计入赔偿范围。

3. 关于诉讼主体资格问题。晋江市工商行政管理局认为相对人是颜锦森个人，

不论在做调查时还是在酒丢失后报案的主体都是其个人。但在行政强制措施发生之时，颜锦森已是佳兴食品公司的法定代表人，且在民事诉讼中，佳兴食品公司也以其名义起诉原保管人的保管责任，并无人提出异议。颜锦森作为佳兴食品公司的法定代表人参与工商管理部门的调查和处理，所以佳兴食品公司具有提起行政赔偿诉讼的原告主体资格。

虽然本案相对人的损失不是行政机关的查封扣押行为直接造成的，但是行政机关在执法程序中，由于本身存在过错或者程序中有瑕疵，不能因为犯罪行为的介入而免除自己的责任。即使是就地查封扣押物品，也应该通知相对人或原保管人进行妥善保管，而且在查封期限届满或不需要再继续扣押的情况下，应当立即解封并及时通知相对人。在审判实践中，不能为减轻行政机关的赔偿责任而增设相对人义务，应将赔偿责任在当事人之间进行合理地分配。行政赔偿金额应以实际损失为准，不能随意扩大或缩小赔偿范围，根据赔偿义务人的实际损失来确定赔偿金的数额。

编写人：福建省泉州市人民法院　马雯卿

66

交通管理部门是否必须对上路行驶车辆逐一进行检查

——蒋炳根、姚罗凤诉金坛市公安局交通巡逻警察大队不履行交通管理法定职责附带行政赔偿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省常州市中级人民法院（2011）常行终字第117号行政判决书

2. 案由：行政赔偿

3. 当事人

原告：蒋炳根、姚罗凤

被告：金坛市公安局交通巡逻警察大队

【基本案情】

案外人周留华于2004年12月13日在安徽省泗县购买了变形拖拉机并为其上牌为“皖NJ31-31296”，2005年4月21日在常州市取得拖拉机驾驶资格并领取中华人民共和国拖拉机驾驶证，该证有效期六年，在2005年11月2日至2009年9月16日期间周留华因多次违章被被告处理过，在“4.5交通事故”发生前的驾驶计分周期（2008年4月21日至2009年4月20日）累计计分14分，在累计计分达到12分时是溧阳市公安局交通巡逻警察大队处理的。案外人袁粉林于2006年12月8日在山东省潍坊市购买了普通正三轮摩托车并为其上牌为“鲁V-8J425”，2007年9月3日在山东省潍坊市取得C4车型驾驶资格并领取中华人民共和国机动车驾驶证，该证有效期六年，袁粉林2009年4月9日因载人超过核定人数被被告处理过。2010年4月5日8时50分许，周留华驾驶变形拖拉机与袁粉林驾驶的正三轮摩托车相撞，致袁粉林当场死亡，正三轮摩托车上搭载的蒋荣林、汤押娣受伤，蒋荣林、汤押娣经抢救无效于当日死亡。原告蒋炳根、姚罗凤系蒋荣林的父母，生有六个子女。两原告于2011年4月18日诉至人民法院请求判决确认被告不履行法定职责并违法，同时赔偿两原告人民币636720元并承担原告姚罗凤从现在至死亡时止的生活费的六分之一。

【案件焦点】

被告金坛市公安局交通巡逻警察大队是否履行了法定职责。

【法院裁判要旨】

江苏省常州市金坛市人民法院经审理认为：周留华、袁粉林驾驶的车辆均经合法登记，牌证齐全，两原告没有证据证明发生交通事故的车辆是套牌车和非法拼装的车，被告在日常的交通管理过程中也对该两辆车及驾驶人员进行了管理。周留华在2008年4月21日至2009年4月20日的驾驶计分周期累计计分14分，在累计计分达到并超过12分时不是被告处理的，被告未扣留周留华的驾驶证不存在不履行法定职责。袁粉林2009年4月9日因载人超过核定人数被被告处理，但法律没有规定必须对违章车辆进行扣押。交通巡逻警察上路检查车辆时对发现的违章行为进行处罚与纠正，在无明显的证据证明违章人员的驾驶证、车辆行驶证及车辆有问题时是不能扣车、扣证的，两原告也未提供公安机关在查处违章行为时必须对违章人

员的驾驶证、车辆行驶证及车辆等进行实质性审查的法定依据，如无其它证据佐证，难以证明交通巡逻警察严重不负责任，不履行法定职责。机动车驾驶证的发放不是被告的法定职责，与本案无关。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第二十七条第（二）项的规定："在起诉被告不作为的案件中，原告有证明其提出申请的事实的举证责任"。结合本案，两原告未有证据证明其向被告提出过要求查处周留华、袁粉林及其驾驶的车辆的申请的事实。此外蒋荣林的死亡系周留华驾驶变形拖拉机与袁粉林驾驶的正三轮摩托车相撞造成的，与被告的履职行为无关。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（一）项、《中华人民共和国国家赔偿法》第五条第（三）项的规定，判决驳回原告蒋炳根、姚罗凤的诉讼请求。案件受理费人民币 50 元，由蒋炳根、姚罗凤负担。

宣判后，原告蒋炳根、姚罗凤不服，向常州市中级人民法院上诉。

常州市中级人民法院认为：一、依照《中华人民共和国交通安全法》第八条、第九条、第十三条、第十九条、第二十三条、第一百二十一条的规定，拖拉机登记证书、号牌和行驶证的申请、审核和审验等职权由农业主管部门行使，故上诉人认为被上诉人不履行对持全国禁用"NJ"牌照、伪造行驶证、驾驶证的变形拖拉机及其驾驶人周留华的管理、监督和查处职责的主张，缺乏法律依据；二、依据《中华人民共和国交通安全法实施条例》第二十三条的规定，公安交通管理部门对机动车驾驶人的交通安全违法行为实行累积记分制度，记分周期为 12 个月。对在一个记分周期内记分达到 12 分的，公安交通管理部门应进行处理。根据被上诉人提供的周留华违法信息材料，周留华在累积计分达到并超过 12 分时不是被上诉人处理的，故上诉人要求被上诉人履行交通管理职责的主张与事实不符；三、依照《中华人民共和国交通安全法》第八十七条、第一百条的规定，驾驶拼装的机动车或已达到报废标准的机动车上道路行驶的，公安交通管理部门应予以收缴，强制报废。根据上诉人提供的材料，无法认定周留华驾驶的拖拉机系非法拼装的机动车，故上诉人关于被上诉人没有查处非法拼装的机动车的上诉主张亦不予支持。因此，原审判决并无不当之处，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1. 背景情况介绍

类似本案的情况全国到处都有，可以说是普遍存在的，特别是在西部山区和经济不发达地区，变形拖拉机仍作为主要的运输工具和农民的谋生的手段。这些人本身的文化程度低，法律意识薄弱，为降低成本，并追求利益最大化，往往铤而走险，怀有侥幸心理，私自对车辆改、拼装，且超载、超限上路。虽然法律规定公安交通管理部门对道路交通违法行为有查处职责，但是以公安交通管理部门现有装备与人员，让其负担与其权力不相匹配的过多的监管职责既不符合现实，更有悖于公平公正原则，也违背了行政法上的权责相一致原则。本案两原告的家庭实际情况固有值得同情之处，然司法追求的不仅是法律条文的字面理解，更是实事求是和公平公正之法治精神。

2. 确立裁判要旨的理由

本案中原告是否有诉讼主体资格值得商榷，第一种意见认为被告是否履行职责对原告的权利义务不产生实际影响，目前在中国的行政诉讼法中也没有公益诉讼，故原告无诉讼主体资格。第二种意见认为原告的家属确因交通事故死亡，但与两驾驶人的违法行为有一定的关系，虽非直接的因果关系，如公安交通管理部门及时查处，可能会避免该起事故的发生，应允许其提出诉讼。法院采纳了第二种意见。

周留华、袁粉林驾驶的车辆均经合法登记，牌证齐全，两原告没有证据证明发生交通事故的车辆是套牌车和非法拼装的车，被告在日常的交通管理过程中也对该两辆车及驾驶人员进行了管理。交通巡逻警察上路检查车辆时对发现的违章行为进行处罚与纠正，在无明显的证据证明违章人员的驾驶证、车辆行驶证及车辆有问题时是不能扣车、扣证的，两原告也未提供公安机关在查处违章行为时必须对违章人员的驾驶证、车辆行驶证及车辆等进行实质性审查的法定依据，如无其它证据佐证，难以证明交通巡逻警察存在严重不负责任、不履行法定职责的情形。

对此类套牌或非法拼装的情形上路行驶的车辆，交通管理部门是依职权查处，还是依申请查处。按法律的精神，应该是交通管理部门的职责，应主动予以查处，但以交通管理部门现有装备与人员，让其负担与其权力不相匹配的过多的监管职责，既不符合我国目前的现实状况，更有悖于公平公正原则，也违背了行政法上的权责相一致原则。现阶段还是应以相关单位和人员的举报为主，只有在有证据证明

交通巡逻警察在正常巡查过程中严重不负责任，对明显有套牌或非法拼装的嫌疑车辆放任不管的情况下，才承担相应的责任。

3. 运用裁判要旨应注意的问题

行政不作为违法是指行政主体负有积极履行法定行政作为的义务（依职权的法定义务和依申请的法定义务），并且在能够履行，即有条件、有能力履行的情况下而没有在程序上履行或者在法律对此行政行为的履行期限已做出了明确界定的情况下的不及时履行状态。我们在研究法律上的行为时，应考虑主体的主观态度。从主观态度来考察，有利于认定主体在不知出现履行职能的情况下，而没有履行其职能，如：当某人的合法权利受到侵害时，在一些告诉才处理的案件中，如果受到侵害的人没有及时告诉，就不能说主体不作为；有利于认定不可抗力的情况，在不可抗力的情况下，当然也不能认定主体不作为；同时，在确定行政不作为时，判定行政机关的责任时亦有重要意义，在故意和过失或疏忽大意的不同情况下，相关主体当然承担不同的责任。

4. 其他应注意的问题

本案中原告的诉讼主体资格问题，《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第一条第二款第（六）项的规定："对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为，不属于人民法院行政诉讼的受案范围"。本案中蒋荣林的死亡系周留华驾驶变形拖拉机与袁粉林驾驶的正三轮摩托车相撞造成的，与被告的履职行为无关。这是一种盖然性的事故，不是必然发生的，蒋荣林的死亡与交通管理部门的履职无直接的因果关系，人民法院可不予受理，况且原告还可以通过民事诉讼的途径寻求救济。本案中人民法院给予其通过诉讼寻求救济的机会的做法，主要是想引起交通管理部门的重视，促使其在平时加强对执法人员的教育和培训，加大执法巡查力度，杜绝和避免类似悲剧的发生，因为人民的生命安全是第一性的。对该类案件的立案还是应予以控制，能不立的尽量不立，以减轻人民法院的负担。

编写人：江苏省常州市金坛市人民法院　李瑞华

67

强制拆除违章建筑过程中因程序违法而引发的行政赔偿纠纷，举证责任该如何分配

——崔文群诉杭州市余杭区人民政府乔司街道办事处行政赔偿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省杭州市中级人民法院（2012）浙杭行赔终字第3号行政判决书

2. 案由：行政赔偿

3. 当事人

原告（上诉人）：崔文群

被告（被上诉人）：杭州市余杭区人民政府乔司街道办事处（以下简称乔司街道办）

【基本案情】

崔文群于2008年9月起承租杭州市余杭区乔司街道胜稼村58号肖伟兴（户）的农用地进行种菜。后因日常生产生活需要，在田地边缘搭建临时简易棚，但未办理有关用地审批手续，也未经规划主管部门批准。2011年8月8日，乔司街道办对胜稼村110户临时简易棚居民发布要求限期自行拆除的通告；同年9月2日决定对崔文群立案查处；9月4日对该临时简易棚进行现场勘查；9月9日及9月20日发出责令期限改正违法行为通知书，责令其自行拆除。但崔文群仍未自行拆除。乔司街道办遂于9月29日经公证机关现场见证，将该临时简易棚强制拆除。2012年2月2日，复议机关经崔文群申请，以乔司街道办在作出强制拆除行为前未依法告知其依法享有的权利为由，确认乔司街道办拆除崔文群搭建的临时简易棚的行为违法，双方均未提起行政诉讼。乔司街道办在强制拆除过程中，现场工作人员从临时

简易棚内找到800元现金及三部手机，交还崔文群；崔文群亦进入临时简易棚内寻找财物，并自述找到现金19000余元。

2012年2月14日，崔文群向乔司街道办提出国家赔偿申请，要求赔偿因违法拆除其搭建的临时简易棚所造成的损失共计39921元，其中包括丢失现金22600元、丢失纯金首饰两件价值3200元、家电维修费500元、临时简易棚价值4000元、交通费196元、误工费7425元以及崔文群被赔偿义务机关违法拘留造成的精神损害2000元。同年3月2日，乔司街道办作出《赔偿申请答复书》，决定不予赔偿。

二审法院另查明，2011年9月29日，乔司街道办强制拆除崔文群的临时简易棚时正在下雨，临时简易棚被拆除后，建筑材料及其中的物品被堆放于露天的环境中。强制拆除过程中，乔司街道办未清点财物并制作财产清单。

【案件焦点】

1. 在强制拆除违章建筑过程中因程序违法而引发的行政赔偿纠纷，举证责任该如何分配；2. 强制拆违过程中，乔司街道办未清点财物、未制作财产清单、未妥善保管财物，在赔偿申请人能够提供初步证据证明有合法财产损坏灭失但又无法充分证明毁损财物的数额和价值的情况下，行政机关是否应当对其强制拆违行为没有造成合法财产损失的主张承担举证责任，并承担举证不能的后果。

【法院裁判要旨】

一审法院经审理认为：崔文群在行政赔偿诉讼中对自己的主张承担举证责任，而其在本案中所举的证据不能证明乔司街道办强制拆除行为造成其上述损害的事实，应承担举证不能的法律后果。依照《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十三条之规定，判决：驳回崔文群的赔偿请求。

原告崔文群不服一审判决，提起上诉。

二审法院经审理认为：乔司街道办未清点财物并制作财产清单，强制拆除后又将临时简易棚的建筑材料及其内物品堆放于露天的环境中，其强制拆除行为的程序违法，亦是崔文群对损害事实举证困难的原因之一，故崔文群的举证不能，并不免除被乔司街道办相应的赔偿责任。基于公平原则，根据强拆现场照片、录像资料反映的具体情况、崔文群提供的财产损失清单等，酌情认定乔司街道办强制拆除行为的财物损失为10000元。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（三）

项、《中华人民共和国国家赔偿法》第三十二条之规定，判决：

一、撤销杭州市余杭区人民法院（2012）杭余行赔初字第1号行政赔偿判决；

二、撤销乔司街道办于2012年3月2日作出的《赔偿申请答复书》；

三、乔司街道办在本判决生效之日起二十日内向崔文群支付赔偿金人民币10500元。

【法官后语】

行政赔偿诉讼中举证责任的分配是一个难点，既要坚持法定的“谁主张、谁举证”基本原则，又要考虑到赔偿请求人举证能力较弱、行政机关举证能力较强的现实，适当扩大行政机关的举证责任，但又不能完全适用行政诉讼的被告举证原则，以避免相对人滥施赔偿请求现象的发生。可见，行政赔偿诉讼中举证责任的分配，在很大程度上需要依赖法官的自由裁量权，依赖法官对公平原则的敏感度。正因为如此，行政赔偿诉讼中举证责任如何分配，也将直接影响到各方当事人对司法裁判是否公平的判断，应慎而又慎。本案是强制拆除违章建筑过程中因程序违法而引发的行政赔偿纠纷，需要解决的核心问题就是举证责任如何分配。

笔者认为，在强制拆除过程中，行政机关违反法律规定进行强制性的拆除，一方面赔偿请求人在此过程中处于弱势，收集证据的能力必然有所下降；另一方面举证能力下降系行政机关的违法行为所致，在能够提供初步证据证明有财产损坏灭失的情况下，应当发生举证责任转移，由行政机关对没有造成财产损失承担一定的举证责任，并承担相应的不利后果。

编写人：浙江省杭州市中级人民法院　吴宇龙
浙江省杭州市余杭区人民法院　雷子君

68

执法机关违规行为侵犯他人的姓名权、名誉权等权益是否属于行政赔偿的范围

——蒋树诉厦门市公安局思明分局行政赔偿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市思明区人民法院（2012）思行初字第111号行政判决书

2. 案由：行政赔偿

3. 当事人

原告：蒋树

被告：厦门市公安局思明分局

【基本案情】

2007年9月13日0时20分左右，案外第三人在厦门市湖滨中路“XO－2”自助KTV娱乐城VIP13号包厢涉嫌吸毒，被告厦门市公安局思明分局（开元派出所）民警接群众举报后，予以立案查获。该吸毒女称自己名为“蒋树”，被告按照其谎报的姓名及身份资料作为案件证据，并最终确认“蒋树”为涉案吸毒女结案查处，作出被处罚人为“蒋树”的思明公（开元）决字［2007］第0227号行政处罚决定书，并对该谎称为“蒋树”的吸毒女以涉嫌吸毒作为案件事实并处以行政拘留四日的行政处罚。2007年9月17日，被告按照内部工作制度要求，将“蒋树”吸毒被治安拘留四日的处罚信息录入了公安网的相应信息系统。之后，原告于公安全国信息资料网上查证了上述信息。原告认为被告错误地将第三人违法吸毒的行为认定为系原告“蒋树”所为，导致原告公民身份资料上涉嫌违法吸毒，属动态管控对象人员，而被招聘单位告知不符合正常就业应聘条件而被拒之门外，使原告在应聘就业

过程中处处受人歧视，原告被迫失业至今，原告承受巨大精神创伤和就业生活经济压力。被告的失职行为，严重侵犯原告的姓名权、名誉权、人格尊严权、正常就业权、正常活动自由权等权益，给原告造成极为恶劣的社会影响。原告于2012年3月13日向被告提出行政赔偿申请，而被告于同年5月16日以原告认为被告的行政执法行为侵犯“蒋树公民姓名权、名誉权、人格尊严权、正常就业权、正常活动自由权”不属于国家赔偿案件审理范围为由作出行政赔偿决定书，决定不予赔偿。

【案件焦点】

被告违规行为侵犯原告的姓名权、名誉权等权益是否属于行政赔偿的范围。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：被告在查获吸毒违法案件中，因吸毒人员冒用原告的姓名及身份信息，而错误地将该吸毒人员以原告的身份信息予以行政拘留四日的行政处罚并将相应的违法信息录入公安网的信息系统。行政拘留四日的强制措施实际执行对象系该吸毒人员，并非原告本人。被告所存在的对涉案人员信息查证上的失职行为，并未侵犯原告的人身自由、生命健康权，亦未侵害原告的财产权，并不属于《国家赔偿法》行政赔偿范围。故原告要求被告对其进行包括经济损失和精神损害抚慰金在内的行政赔偿的请求没有相应的法律依据。且被告已在事后作出撤销行政处罚决定书，删除公安信息网上关于原告的错误违法记录，并对原告进行赔礼道歉。

厦门市思明区人民法院依照《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十三条的规定，判决如下：

驳回原告蒋树的赔偿请求。

【法官后语】

本案的裁判重点在于判断原告受到的损害是否属于国家赔偿法的赔偿范围。

第一，国家管理范围的广泛性决定了国家管理所造成的损害范围的广泛性。但这不等于说赔偿范围必须具有与之相对应的广泛性，《国家赔偿法》对此作了严格的限制性规定，把应予赔偿的损害范围限定在人身权和财产权两方而。《国家赔偿

法》第四章和《赔偿方式和计算标准》几乎全部规定的是人身权和财产权，国家管理也可能损害公民、法人及其它经济组织的姓名权、劳动权、教育科研权、言论自由权、游行集会权等等。而这些均被排除在赔偿范围之外。即使对侵犯人身权的赔偿，只限于因侵犯人身权所引起的财产损失。所以，本案中被告所存在的对涉案人员信息查证上的失职行为，并未侵犯原告的人身自由、生命健康权，亦未侵害原告的财产权，故不属于行政赔偿的范围。

第二，非财产损害是否赔偿的问题。对公民、法人的人格、名誉、健康、生命、自由等造成的难以用货币衡量的损害为非财产损害，即人身权的损害。主要包括对人格权和身份权的损害，侵犯人身权一般有两种后果，第一是造成财产损害，国家对此损害一般均予赔偿；第二是精神损害，对国家侵害公民、法人人身权造成的精神损害，我国的国家赔偿法明确规定不予赔偿。本案中，原告要求被告承担精神损害赔偿的诉求亦未得到人民法院的支持。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院　谌福荣

69

如何判断行政行为与损害赔偿之间存在直接的因果关系

——李连君诉上杭县水电站库区移民开发局移民安置行政赔偿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省龙岩市上杭县人民法院（2012）杭行初字第6号行政判决书

2. 案由：移民安置行政赔偿

3. 当事人

原告：李连君

被告：上杭县水电站库区移民开发局

【基本案情】

1998年间上杭县稔田镇栗树村因棉花滩电站建设需外迁，在外迁时李龙华不在家，未安置宅基地。2008年间李龙华要求被告为其安置宅基地，被告经核实，李龙华确实属于外迁移民户，其户只有1人，在外迁安置时，未安排宅基地。2009年3月18日，被告下发杭移［2009］19号《关于安排李龙华户宅基地的通知》，按当时政策在东南居委会球楼山安置区为李龙华户安排宅基地。2009年4月底李龙华将该安置地块转让给原告。2009年7月间，原告在清基时，得知杭移［2009］19号《关于安排李龙华户宅基地的通知》中地块，被告早于李龙华已安排给他人。2009年7月27日李龙华全权委托原告办理有关调整地块、重新安排事宜。2009年8月5日原告以李龙华的代理人身份与被告签订一份《协议书》，被告同意在菖蒲塘安置区重新安排一块宅基地给李龙华，并对其它相关事宜进行约定。2009年8月6日被告作出杭移［2009］33号《关于安排李连君户宅基地的通知》，同意在东南居委会菖蒲塘安置区安排宅地140㎡给原告户。2010年4月7日上杭县城乡规划建设局出具《菖蒲塘安置区李连君户建房用地规划红线图》，该规划红线图规划说明第9项注明：该工程还应符合国土、人防等部门的要求。第10项注明：符合国土局审批后，向上杭县城乡规划建设局申办“建设工程规划许可证”后方可建设。2010年5月间，原告在菖蒲塘地段未办理用地审批手续和建设工程规划许可证的情形下，开始建房，6月初，原告向上杭县国土资源局申请办理个人建房住宅用地审批手续，但因原告不属移民安置户和要求审批面积过大等原因，上杭县国土资源局未予审批。2010年6月11日上杭县国土资源局向原告发出《责令停止违法行为通知书》，但原告仍继续建设。2010年9月19日被告以原告不符合有关移民安置政策规定为由，作出杭移［2010］30号《关于撤销〈关于安排李连君户宅基地的通知〉（杭移［2009］33号）的决定》，2010年9月底原告所建房屋在县综合执法时被拆除。2010年12月6日被告作出杭移［2010］39号《关于安排李龙华宅基地的通知》，对李龙华户重新安排宅基地，杭移［2010］39号中宅基地已被李龙华交付给原告李连君。2011年10月18日原告向被告申请赔偿在菖蒲塘移民安置区建房损失及补偿地基差价。2011年12月21日被告作出《关于李连君户要求赔偿菖蒲塘移民安置区建房损失的答复函》，认为原告在菖蒲塘移民安置区所建房屋，2010年在政府综合执法时被拆除，原告户就所造成损失向被告提出赔偿要求，双方无法达成一致，

建议走司法渠道解决。2012年3月14日原告向本院提起行政赔偿诉讼，请求判令被告赔偿原告在菖蒲塘建房时的各项费用36.8593万元，赔偿原告土地面积差价款27.2万元，合计64.0593万元。

【案件焦点】

原告的起诉是否符合单独提起行政赔偿诉讼的起诉条件及原告要求的损害赔偿与被告的行政行为之间是否具有直接的因果关系。

【法院裁判要旨】

福建省杭州市上杭县人民法院经审理认为：被告系棉花滩水电站上杭库区移民安置工作的主管机构，具有安排棉花滩水电站上杭库区外迁移民的生活安置地的职权。被告作出的杭移［2009］33号《关于安排李连君户宅基地的通知》、杭移［2010］30号《关于撤销〈关于安排李连君户宅基地的通知〉（杭移［2009］33号）的决定》的相对人系原告李连君，杭移［2009］33号文已被杭移［2010］30号文否定。因此，原告有权提起行政赔偿诉讼。同时，根据《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十二条的规定，原告在行政赔偿诉讼中对自己的主张承担举证责任。原告的诉讼请求包含两项内容：1. 要求被告赔偿在菖蒲塘建房时各项费用36.8593万元；2. 要求被告赔偿土地面积差价27.2万元。第一项赔偿请求，因原告在菖蒲塘非法占用土地进行建房，被职能部门责令停止违法行为后仍继续进行建设，在县综合执法时被拆除的行为并非被告实施，原告房屋因违法建房被拆除与被告所作的行政行为之间没有直接的因果关系。第二项请求，因原告并非移民安置户，并不享有安置宅基地的权益，被告对移民户李龙华进行宅基地的安排行为及是否存在地级差与原告并无法律上的利害关系。因此，原告要求被告赔偿在菖蒲塘建房时的各项费用36.8593万元，赔偿原告土地面积差价款27.2万元，合计64.0593万元的请求，没有事实和法律依据，应不予支持。

福建省上杭县人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十七条、《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十二条、第三十三条之规定，作出如下判决：

驳回原告李连君要求被告行政赔偿的诉讼请求。

该判决宣判后，双方当事人均未提起上诉，已发生法律效力。

【法官后语】

本案中被告针对原告先后作出杭移［2009］33号《关于安排李连君户宅基地的通知》、杭移［2010］30号《关于撤销〈关于安排李连君户宅基地的通知〉（杭移［2009］33号）的决定》的行政相对人均为原告李连君。杭移［2009］33号内容是以原告不符合有关移民安置政策规定为由，撤销杭移［2010］30号文，即杭移［2009］33号文已被杭移［2010］30号文否定，也就说被告作出杭移［2010］30号的行政行为，已被被告自己确认为违法，原告也在已先行向被告申请赔偿未果的情况下，提起本案之诉，符合单独提起行政赔偿诉讼的受理条件。

本案关键在于：原告要求的损害赔偿与被告作出的行政行为之间是否具有因果关系问题，这也是双方当事人争议的焦点。如果原告请求赔偿事项与被告行政行为之间有直接的因果关系且属于原告合法权益，则被告应承担行政赔偿责任，反之则无需承担行政赔偿责任。本案中被告的行政行为只是安排宅基地的行为，如果被告无法供地，其责任仅是重新安置。在安置的宅基地上建设，认定是否符合用地规划和城乡建设规划，属于其他行政机关的职权，并非被告的职权。也就是说原告在相关土地上进行建设之前，需要得到土地管理部门、城乡规划主管部门等职能部门的审批后，方能建设，否则属于违法建设。从法院查明的事实可认定，原告的第一项赔偿请求，系因原告非法占用土地进行建房，被职能部门责令停止违法行为后仍继续进行建设，被拆除的行为并非被告实施。根据《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十二条的规定，原告在行政赔偿诉讼中应对自己的主张承担举证责任。本案中，原告虽提出了证据，但不能证明所称的损害结果与被告的行政行为之间有直接因果关系和被损害的权益属于其合法权益。第二项请求因原告并非移民安置户，并不享有请求安置宅基地的权益，被告先后对移民户李龙华进行宅基地的安排行为及是否存在地级差与原告并无法律上的利害关系。因此，原告要求被告赔偿其建房损失没有法律依据。

需说明一点，本案中原告未对拆除其房屋的行政机关提起行政赔偿之诉，但即使提起该诉讼也是得不到法律支持的。因为法律保护的利益是合法利益。法律只有保护合法的利益，才能避免这种“保护”使他人或公共利益受到损害。如果保护违法利益，就会给他人或公共利益造成损害。《国家赔偿法》第二条的规定，受害人有权获得赔偿，必须具备两个条件：一是国家机关和国家机关工作人员违法行使职

权；二是他们的违法行使职权行为侵害了公民、法人和其他组织的合法权益，造成了损害。本案中，违法建筑物就其自然属性来说，是一种有形的财产，不存在合法或不合法之分。但违法建筑，是由自然状态下建筑材料构成的物体，它的存在和形成，违反土地管理法规或城乡规划法，给他人利益和公共利益造成了损害，就不应当受到法律保护。按照《国家赔偿法》第五条第（二）项规定："因公民、法人和其他组织自己的行为致使损害发生的，国家不承担赔偿责任"。本案原告未经批准擅自建房，违反相关行政法规，且不听从相关职能部门的劝阻和停建通知，由此所造成的财产损害，是因原告不遵守国家法律、法规的故意行为引起的，相关做出拆除违章建筑行为的行政机关也不应承担行政赔偿责任。

编写人：福建省龙岩市上杭县人民法院　张春明

九、行政程序

70

侵犯申请人质证申辩权的工伤认定违背程序正当性应予撤销

——刘尧滨诉江西省赣州市崇义县人力资源和社会保障局不予认定工伤决定案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江西省赣州市崇义县人民法院（2012）崇行初字第6号行政判决书

2. 案由：人力资源和社会保障行政确认

3. 当事人

原告：刘尧滨

被告：江西省赣州市崇义县人力资源和社会保障局（以下简称崇义县人力资源和社会保障局）

【基本案情】

2012年6月25日17：00左右，长龙茅坪采沙场工人刘尧桂在采沙场水塘中溺水死亡。刘尧滨于7月20日向崇义县人力资源和社会保障局申请工伤认定，并提供了身份证复印件、常住人口登记卡、考勤表、长龙派出所证明、雨量统计表、现场照片和证人证言等相关材料。崇义县人力资源和社会保障局受理申请后，分别调查询问了采沙场附近水泥砖厂老板黄名浪和采沙场女工人邓长秀，查看了采沙场监控房的监控录像；经会议讨论，认为刘尧桂在休息（非上班）时间不慎摔入水潭中

溺水身亡，不符合《工伤保险条例》第十四条、第十五条之规定，于2012年8月10日作出崇劳社伤认字［2012］第197号《不予认定工伤决定书》。

崇义县人力资源和社会保障局自受理工伤认定申请至作出《不予认定工伤决定书》期间，未通知原告和第三人补充材料、查阅与核实对方提供的材料；在此期间原告提出查阅对方材料的申请，但被告对此未予采纳和组织查阅。

【案件焦点】

崇义县人力资源和社会保障局在作出工伤认定过程中，未通知原告和第三人补充材料、查阅与核实对方提供的材料；在此期间原告提出查阅对方材料的申请，但被告对此未予采纳和组织查阅。该行为是否侵犯了申请人的质证申辩权，是否构成根本性地违反法定程序的情形。

【法院裁判要旨】

江西省崇义县人民法院经审理认为：被告崇义县人力资源和社会保障局受理原告刘尧滨的工伤认定申请后，虽然进行了调查询问和查看监控录像，但既未通知原告和第三人补充材料、查阅与核实对方提供的材料，也未采纳原告提出的查阅材料的要求，经会议讨论后，被告径行作出了《不予认定工伤决定书》。法院认为，本案被告作出的《不予认定工伤决定书》违背了程序正当性要求，事实上也剥夺了当事人的陈述、申辩权，属于违反法定程序的情形。由于本案被告违反法定程序，现有证据也无法查明刘尧桂当天是否上班的真实情况，刘尧桂死亡是否为工伤，应当由被告依据法定程序重新调查核实，不宜由法院直接作出认定。综上所述，被告崇义县人力资源和社会保障局作出的《不予认定工伤决定书》，剥夺了当事人的陈述、申辩权，违反了法定程序，依法应予撤销。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项的规定，判决如下：撤销被告崇义县人力资源和社会保障局于2012年8月10日作出的崇劳社伤认字［2012］第197号《不予认定工伤决定书》。由被告崇义县人力资源和社会保障局重新作出处理。案件受理费50元，由被告崇义县人力资源和社会保障局承担。

一审宣判后，各方当事人均未提起上诉，该行政判决已发生法律效力。

【法官后语】

1. 程序正当性是行政机关作出工伤认定必须遵循的基本原则。

程序正当性在行政法领域的基本含义，是指行政机关实施的行政行为可能影响公民、法人或者其他组织合法权益的（特别是对行政相对人不利的），应当在作出具体行政行为之前，向当事人及利害关系人告知事实并说明理由，听取公民、法人或者其他组织的陈述和申辩；行政机关应当告知公民、法人和其他组织享有陈述意见的权利，并提供和保障行政相对人行使该项权利的实现机会。

《工伤认定办法》第三条规定："工伤认定应当客观公正、简捷方便，认定程序应当向社会公开"；第十七条规定："职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由该用人单位承担举证责任。用人单位拒不举证的，社会保险行政部门可以根据受伤害职工提供的证据或者调查取得的证据，依法作出工伤认定决定"。从上述条款中"客观公正、向社会公开、举证责任、调查取证"等用词涵义、工伤认定的行为属性以及工伤认定结论对职工和用人单位的利害关系分析，可以看出工伤认定过程同样必须遵循程序正当性要求。

2. 侵犯申请人质证、申辩权而作出的不予认定工伤决定，违背了程序正当性的要求，构成根本性违反法定程序情形，依法应予撤销。

由于《工伤认定办法》未明确规定行政机关作出工伤认定的具体程序，导致工伤认定程序是否违法成了司法实践中主要争议的焦点之一。

有观点认为，因为法律、法规没有明确的程序规定，行政机关作出认定时原则上实行书面审查，不会组织职工（及其近亲属）与用人单位"当庭质证"；同时认为，认定过程中即使存在举证、质证程序的不到位，也是属于一般性程序瑕疵，应予纠正，但是不属于根本性的违反法定程序行为。我们认为，根据《工伤认定办法》第三条和第十七条的原则和精神，行政机关作出工伤认定时应当遵循程序正当性要求。本案被告在认定工伤过程中，既违背了程序正当性要求，也在事实上剥夺了申请人的陈述、申辩权，严重侵犯了当事人的权益，没有保障行政行为的程序公正，属于根本性违反法定程序的情形，对由此做出的工伤认定决定依法应予撤销。

编写人：江西省赣州市崇义县人民法院　邓宜峰　蒋桂兰

71

客观不能导致程序瑕疵的行政行为不宜被撤销

——王油生诉安溪县动物卫生监督所检疫行政处罚案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省泉州市中级人民法院（2012）泉行终字第80号行政判决书

2. 案由：检疫行政处罚

3. 当事人

原告（上诉人）：王油生

被告（被上诉人）：安溪县动物卫生监督所

【基本案情】

原告王油生于2011年7月20日与陈少阳、郭林德一起从厦门市同安区购得24头未经检疫的生猪，至省道206线龙门段时被执法人员查获。原告拒绝提供该批生猪的进货单据。该批生猪于7月20日晚称重，净重为2500千克，当晚被运载到兴民牲畜屠宰场隔离栏异地保存并留栏观察。经多次检疫后，该批生猪不合格并被依法进行无害化处理。被告安溪县动物卫生监督所于2011年7月20日向原告王油生及陈少阳发出《证据登记保存清单》，于2011年7月25日向原告王油生送达《实施行政强制措施通知书》及《财物清单》，于2011年8月15日向原告王油生送达《行政处罚事先告知书》，于2011年8月22日向原告王油生送达《行政处罚听证会通知书》并于2011年8月31日举行听证会，于2011年10月19日作出安（动监）罚［2011］51号《行政处罚决定书》决定“1. 没收王油生所有的24头检疫不合格的病猪并进行无害化处理，处理费用1200元由王油生负担。2. 对王油生处罚款94500元”。该决定书于2011年10月25日依法留置送达给原告王油生。原告王油生认为，被告认定该批生猪为不合格病猪，依据明显不足。即使该批生猪检疫不合

格也系被告造成。被告在执法过程中多次违反法定程序，适用法律错误，认定事实不清。原告于2012年2月6日向本院提起行政诉讼，要求撤销该行政处罚决定。

【案件焦点】

被告安溪县动物卫生监督所作出的行政处罚决定，程序是否违法。

【法院裁判要旨】

福建省泉州市安溪县人民法院经审理认为：原告王油生购买、运输未经检疫的生猪事实清楚、证据充分。该批生猪经检疫后被认定为不合格的病猪，依法应当进行无害化处理并处以同类货值金额一倍以上五倍以下的罚款，被告安溪县动物卫生监督所认定事实清楚，处罚结果合理适当。被告安溪县动物卫生监督所在执行隔离、无害化处理的过程中所选择的场所违反《动物防疫条件审查办法》的相关规定，程序上存在瑕疵。但是被告为了防止病死猪流入市场，在本县无专门的隔离、无害化处理场所的情况下将该批生猪运送至兴民屠宰场隔离栏进行隔离、无害化处理的做法情有可原。为了维护食品安全秩序，保障人民群众身体健康，对于被告对该批生猪的处理决定应当予以支持。综上，被告安溪县动物卫生监督所于2011年10月19日作出安（动监）罚［2011］51号《行政处罚决定书》证据充分、适用法律法规正确，对原告作出的行政处罚并无不当。对于原告请求撤销该《行政处罚决定书》的诉求不予采纳。被告请求依法驳回原告的诉讼请求，本院予以采纳。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定，判决如下：

驳回原告王油生请求撤销被告安溪县动物卫生监督所作出安（动监）罚［2011］51号《行政处罚决定书》的诉讼请求。

王油生持原审起诉意见提起上诉。福建省泉州市中级人民法院经审理认为：被上诉人安溪县动物卫生监督所是安溪县人民政府依法设立的动物卫生监督机构，具有对动物及动物产品的监督管理执法资格。上诉人长期从事生猪屠宰，应当知道屠宰、出售或者运输生猪前，应当按照规定向当地动物卫生监督机构申报检疫。依据被上诉人检查结果和鉴定结论，该批生猪为检疫不合格的病猪，上诉人的行为违反了《中华人民共和国动物防疫法》第二十五条第（三）项的规定。为了维护食品安全秩序，保障人民群众身体健康，被上诉人根据《中华人民共和国动物防疫法》

第七十六条第一款和第四十八条的规定对上诉人作出安（动监）罚［2011］51号《行政处罚决定书》并无不当。被上诉人作巡查记录，没有证据证明其通知上诉人到巡查现场、签名，被上诉人执法过程存在不足，予以纠正。上诉人也承认在7月20日下午其聚集亲属及邻居阻碍执法检查。因此，上诉人提出被上诉人保管生猪不善导致检疫不合格等上诉理由不能成立。一审判决驳回王油生的诉讼请求正确，应予维持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

实践中，类似本案的因为客观不能导致程序瑕疵的具体行政行为并不鲜见。由于经济条件、场地环境等客观原因，某些行政机关并不能完全依照相关法律法规要求的程序做出行政行为。面对客观不能导致程序瑕疵的行政行为，在行政诉讼过程中要从两个角度进行判断：1. 行政机关执法的行政目的是否实现？2. 该程序瑕疵是否导致公益与私益的失衡？

被告安溪县动物卫生监督所的职能之一是负责动物及其产品实施检疫、负责对检疫不合格和病死动物及其产品的无害化处理实施监督，防止病害肉流入市场。被告在执法过程中都要围绕着“防止病害肉流入市场、保障市场食品安全”这一根本执法目的进行。从被告提供的证据来看，被告实施的具体行政行为基本符合法律规定的步骤、顺序、形式、时限和操作规程，仅仅在隔离、无害化处理上存在着不足。这种隔离、无害化处理上的不足与本案中被没收的生猪为不合格病猪这一事实并不冲突。原告运输未经检疫的生猪，该批生猪为不合格的病猪，因此，被告作出“没收该批生猪并进行无害化处理；对被告进行罚款94500元”的行政处罚决定并无不当。可见，这种隔离、无害化处理程序上的不足并不妨碍被告行政执法的目的即“对检疫不合格和病死动物及其产品的无害化处理，防止病害肉流入市场”的实现，亦不妨碍执法的公正性。这一瑕疵可以通过补救程序加以完善或者在判决书中指出，并不适宜作出撤销该具体行政行为的处理，作出驳回原告诉讼请求的判决较为适宜。

编写人：福建省泉州市安溪县人民法院　施路云

72

违反法定程序的收养行为并不必然无效

——陈正贤等诉浙江省永康市民政局民政收养案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省金华市中级人民法院（2013）浙金行终字第14号行政判决书

2. 案由：民政收养

3. 当事人

原告（上诉人）：陈正贤、郎彩霄、陈甲（徐×）

被告（被上诉人）：永康市民政局

【基本案情】

原告陈正贤、郎彩霄系夫妻关系。2004年1月13日原告陈正贤、郎彩霄向被告永康市民政局申请收养徐×（现名陈甲），并提交与办理收养手续有关的书面材料。被告经局党组会研究，同意原告陈正贤、郎彩霄收养徐×，并于2004年1月18日向原告陈正贤、郎彩霄发放永民养字第337号收养登记证。2004年2月11日被告在《永康日报》刊登认领徐×公告。2011年被告永康市民政局接到举报，称原告陈正贤、郎彩霄收养程序违法。2011年12月27日，被告作出永民决（2011）2号撤销陈正贤、郎彩霄与陈甲收养登记决定，并送达三原告。2012年2月22日原告陈正贤、郎彩霄向金华市民政局申请行政复议，2012年4月18日金华市民政局维持被告的决定。

【案件焦点】

民政局先发放收养登记证，后在报纸上刊登认领弃婴公告的违反法定程序的做法是否必然会导致陈正贤、郎彩霄的收养行为无效。

【法院裁判要旨】

浙江省金华市永康市人民法院经审理认为：2004 年 1 月 13 日原告陈正贤、郎彩霄申请收养原告徐×（现名陈甲），2004 年 1 月 18 日被告先向原告陈正贤、郎彩霄发放收养登记证，2004 年 2 月 11 日再刊登认领徐×公告，公告期为 60 天。被告先发放收养登记证后公告的行为，违反《中华人民共和国收养法》第十五条第二款“收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告”的规定。为此，被告发放收养登记证的最早时间为 2004 年 4 月 13 日。2011 年 12 月 27 日被告发现程序违法，未考虑原告陈正贤、郎彩霄与原告陈甲已形成 7 年以上抚养关系，又适用《中华人民共和国收养法》第二十五条“违反《中华人民共和国民法通则》第五十五条和本法规定的收养行为无法律效力。收养行为被人民法院确认无效的，从行为开始时起就没有法律效力”的规定作出撤销收养登记的做法，适用法律错误。

永康市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第二款第（二）项之规定，作出如下判决：

撤销被告永康市民政局于 2011 年 12 月 27 日作出的永民决（2011）2 号关于撤销陈正贤、郎彩霄与陈甲收养登记决定。

一审判决后，陈正贤等对一审判决结果没有异议，但对一审判决书第 4、5 页中法院查明的事实与法院认为的事实出现不一致的情形有异议：“经审理查明：……并于 2004 年 1 月 18 日向陈正贤、郎彩霄发放永发养字第 337 号收养登记证。……本院认为，……为此，被告发放收养登记证的最早时间为 2004 年 4 月 13 日。”陈正贤等认为一审判决无权对收养关系的时间进行认定，根据收养法规定，收养登记证发放之日为收养关系成立之日。在收养登记证未撤销的前提下，依法收养成立的时间为收养登记证发放时间，本案中即收养关系成立之日。请求二审法院按发放收养登记证的时间给以确认纠正。金华市中级人民法院经审理认为：原审判决认定的事实清楚，证据确实、充分。原审判决撤销永康市民政局的撤销决定正确，本院予以支持。原审判决认为发放收养登记证的最早时间为 2004 年 4 月 13 日，该时间认定与本案的收养登记证的发放时间不符，本院依法予以纠正。综上，原审判决认定事实清楚，判决结果正确。

根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，作出如

下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

近年来，农村集体土地征用后返还地而由村里分配，部分村民为了多分返还地收养子女。永康市民政局在办理徐×收养登记时，为了让被收养人分到返还地，违反《收养法》第十五条第二款规定，先发放收养登记证再办理公告认领弃婴，引发四十多位村民上访，后又依据《收养法》第二十五条规定撤销收养登记，属于适用法律错误，违法的后果不应由收养关系人承担。

为维护社会稳定，平息村民上访，永康市人民法院在判决书第4、5页中写明“经审理查明：……并于2004年1月18日向陈正贤、郎彩霄发放永发养字第337号收养登记证。……本院认为，……为此，被告发放收养登记证的最早时间为2004年4月13日。”以公告期满的时间确定为收养关系成立之日，平息了多位村民的上访。

依照《中国公民收养子女登记办法》第十二条规定：“收养关系存在弄虚作假骗取收养登记的，由收养登记机关撤销收养登记”。本案中永康市民政局以在办理陈正贤、郎彩霄与陈甲收养登记过程中，存在先登记发证，后公告的作为，明显违反法律规定为由，作出撤销陈正贤、郎彩霄与陈甲的收养登记的决定，显然与上述规定不符。

2011年永康市民政局作出撤销抚养登记时，原告陈正贤、郎彩霄与原告陈甲已实际生活7年以上，形成了亲厚的抚养关系。永康市民政局未考虑三原告间7年间形成的亲人关系，在违反法定程序后又适用《收养法》第二十五条规定规定作出撤销，适用法律错误。

编写人：浙江省金华市永康市人民法院　姚蔚

十、政府信息公开

73

公开政府信息必须采用法定方式

——徐磊诉鄂州市人民政府政府信息公开案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省高级人民法院（2012）鄂行终字第00042号行政判决书

2. 案由：政府信息公开

3. 当事人

原告（上诉人）：徐磊

被告（被上诉人）：鄂州市人民政府

【基本案情】

2011年12月14日，徐磊以有关保险公司对其开具的发票违法为由，通过鄂州市人民政府主办的“鄂州政府门户网站”市长信箱，发出主题为《请地税部门领导查处》的网上信访件。该信访件成功发送后，根据网上提示，徐磊当即获得了查询该信访件网上回复的查询码82F9F8。2012年2月20日，因前述信访件未得到回复，徐磊遂以挂号信方式向鄂州市人民政府办公室寄出《鄂州市政府信息公开公民申请表》，要求政府以纸面形式公开网上信访件的受理、办理、完结情况。该挂号信于2012年2月23日由鄂州市人民政府办公室签收。2012年3月1日，“鄂州政府门户网站”市长信箱作出答复，主要内容为：“市地税局于2012年2月14日接

到市长交办件后组织相关人员进行复查，认为：此案因违法行为轻微且及时纠正，不予行政处罚”。徐磊认为鄂州市人民政府未对其政府信息公开申请作书面答复，遂于2012年6月5日提起行政诉讼。

【案件焦点】

作为行政机关的鄂州市人民政府通过互联网对申请人徐磊予以答复的行为能否视为履行其政府信息公开的法定职责。

【法院裁判要旨】

湖北省鄂州市中级人民法院经审理认为：

一、依据《中华人民共和国政府信息公开条例》的有关规定，鄂州市人民政府具有受理和处理向其提出政府信息公开申请的法定职责。

二、鄂州市人民政府办公室是鄂州市人民政府的工作部门，也是其综合办事机构，具体承担鄂州市人民政府日常政务和事务性工作。鄂州市人民政府办公室的主要职责包括收发市人民政府的邮件等，故鄂州市人民政府办公室签收徐磊寄送的邮件，应当视为鄂州市人民政府收到了该邮件。

三、在徐磊寄送的《鄂州市政府信息公开公民申请表》中，申请内容是获取信访件的受理、转办、完结情况，故有理由判断出徐磊是为获取鄂州市人民政府在履行处置信访件的法定职责过程中制作产生的政府信息，申请对象是鄂州市人民政府，而非鄂州市人民政府办公室。鄂州市人民政府认为徐磊不是向其提出申请，并否定其是政府信息公开义务人的辩解理由不能成立。

四、根据《中华人民共和国政府信息公开条例》第二十四条和第二十一条的规定，行政机关收到申请人的申请后，应当通过甄别分别作出予以公开、不予公开等答复。即使鄂州市人民政府认为政府信息不属于公开范围的，也仍然具有答复的法定职责。

五、鄂州市人民政府于2012年2月23日收到徐磊寄送的《鄂州市政府信息公开公民申请表》后，于同年3月1日在其政府门户网站作出回复，内容包括了信访件的受理、办理情况及办理结果，故徐磊要求获取的信访件的受理、转办、完结信息，该政府已经通过互联网向其公开。该行为亦是对徐磊政府信息公开申请的答复。鉴于徐磊事先已经获取了查询回复的方式和途径，故鄂州市人民政府采用互联

网予以公开的形式并无不当。

六、鄂州市人民政府已经履行了在15个工作日内对徐磊提出的政府信息公开申请作出答复的法定职责，徐磊起诉该政府逾期不予答复的理由不能成立，其诉讼请求应予驳回。

湖北省鄂州市中级人民法院依照《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第十二条第（三）项之规定，作出如下判决：

驳回原告徐磊的诉讼请求。

徐磊持原审起诉意见提起上诉。湖北省高级人民法院经审理认为：

一、徐磊提交的《邮件全程跟踪查询单》、黄冈市黄州区邮政局王家店邮政支局出具的《证明》、鄂州市邮政局工作人员的《邮件签收单》、鄂州市人民政府办公室工作人员的《邮件签收单》，能够证明鄂州市人民政府办公室已于2012年2月23日收到了徐磊邮寄的《鄂州市政府信息公开公民申请表》，《国内挂号信函收据》对此亦能印证。

二、政府办公室作为政府办事机构，其签收邮件的行为，应视为政府收到该邮件。鄂州市人民政府辩称其未收到徐磊邮寄的《鄂州市政府信息公开公民申请表》，缺乏事实和法律依据。

三、鄂州市人民政府不仅应当告知徐磊政府信息内容的本身，还应向其提供邮寄的书面信息。鄂州市人民政府虽曾通过互联网告知徐磊查询其网上回复的查询码，但未曾采取邮寄纸质材料的方式告之相关政府信息。一审法院认为鄂州市人民政府已经采取通过互联网予以公开的方式予以告知是法律规定的适当形式，与《信息公开条例》第二十六条规定明显不符。

四、一审判决认定鄂州市政府已经履行了在十五个工作日内对徐磊政府信息公开申请作出答复的法定职责错误，徐磊关于鄂州市人民政府逾期不予答复的上诉理由成立。鄂州市人民政府在收到徐磊邮寄的《鄂州市政府信息公开公民申请表》的十五个工作日内应当履行对徐磊政府信息公开申请作出答复的法定职责。一审判决处理不当，二审应据实予以纠正。

五、在徐磊已通过其他形式在实质上已获取相关信息内容的情况下，判决责令鄂州市人民政府履行该法定职责已无实际意义。

湖北省高级人民法院依照《中华人民共和国政府信息公开条例》第二十一条、

第二十四条、第二十六条，以及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条第二款第（一）项、《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（三）项之规定，作出如下判决：

一、撤销鄂州市中级人民法院（2012）鄂鄂州中行初字第00005号行政判决；

二、确认鄂州市人民政府不履行十五个工作日内对徐磊政府信息公开申请作出答复的法定职责违法。

【法官后语】

本案争议的焦点是行政机关通过互联网对申请人予以答复的行为能否视为履行政府信息公开的法定职责行为。审理中，一种是持肯定的意见，即一审法院的判决意见；另一种是持否定的意见，即二审法院的裁定意见。笔者支持二审法院的裁判理由。

首先，厘清法律规定，明确鄂州市人民政府的法定职责。

国务院于2007年1月17日通过的《政府信息公开条例》自2008年5月1日起施行。该条例第二十六条规定："行政机关依申请公开政府信息，应当按照申请人要求的形式予以提供；无法按照申请人要求的形式提供的，可以通过安排申请人查阅相关资料、提供复制件或者其他适当形式提供"。此法条规定行政机关对提供政府信息形式用的是"应当"一词，即按照申请人要求的形式提供是原则，其他形式是例外。因此，本案中的行政机关鄂州市人民政府对申请人徐磊履行法定职责应当是按照徐磊要求的形式予以提供，如果"无法"如此作为的，则可以通过安排徐磊查阅相关资料、提供复制件或者其他适当形式予以提供。

其次，审查被申请公开的政府信息事项，了解徐磊的具体要求。

根据本案申请人徐磊于2012年2月20日向鄂州市人民政府邮寄的《鄂州市政府信息公开公民申请表》可知，其所需信息的指定提供方式是"纸面"，其获取信息的方式是"邮寄"。也就是说，徐磊针对其已提交的信访件的受理、办理情况及办理结果，要求鄂州市人民政府对该信息予以回复。并且，徐磊要求通过由鄂州市人民政府采用邮寄载明具体信息内容的纸面方式获知该信息。除此之外，徐磊没有要求鄂州市人民政府采取其他方式回复信息。

再次，明确被诉具体行政行为，查明政府信息公开内容。

本案当事人原告徐磊提起行政诉讼时，请求的是判决责令鄂州市人民政府限期

就其2012年2月20日提出的政府信息公开申请作出书面答复。徐磊的起诉状载明鄂州市人民政府已于2012年2月23日签收了其寄送的《鄂州市政府信息公开公民申请表》，其提交的《邮件签收单》对此能够印证。依照我国《政府信息公开条例》第二十四条规定，鄂州市人民政府应当在签收后的15个工作日内予以答复，如果需要延长，那么也应当在2012年3月24日以前给予答复。而徐磊提起行政诉讼的时间是2012年6月5日。由此可见，本案的被诉具体行政行为应是鄂州市人民政府拒不履行其法定职责。

2012年3月1日，鄂州市人民政府通过其政府门户网站公开了徐磊信访件的受理、转办、完结信息，与徐磊于2012年2月20日邮寄《鄂州市政府信息公开公民申请表》中所要求的“公开该信访件的受理、办理、完结情况”的内容一致。徐磊的委托代理人在庭审中认可徐磊已及时在互联网上阅览了该回复件。鄂州市人民政府据此辩称对于徐磊所要求获取的信息，政府已经通过互联网向其作了公开。徐磊上诉称即使鄂州市人民政府的如此行为能够算作是其公开了政府信息，但该形式不符合其所要求的以邮寄纸质材料予以回复的形式。

最后，辨析鄂州市人民政府应承担本案的法律责任。

鄂州市人民政府在其政府门户网站回复的内容包括了徐磊提交信访件的受理、办理情况及办理结果等信息，且徐磊已及时在互联网上阅览了该回复件。一审法院据此认定徐磊所要求获取的信访件的受理、转办、完结等信息，鄂州市人民政府已经通过互联网向其作了公开，认为该行为符合我国《政府信息公开条例》第二十六条规定的例外“适当”情形，即属于可以通过安排徐磊查阅相关资料、提供复制件或者其他适当形式予以提供的情形，从而判决驳回徐磊的诉讼请求。笔者认为行政机关在现有办公办文条件下，以书面形式向申请人邮寄答复材料并不困难，更不构成法律上规定的“无法提供”的情形。况且，无论是我国《政府信息公开条例》第二十六条的规定，还是目前我国行政法治倡导的方向，行政机关以“一对一”、“书对书”的方式答复申请人，已无异议。具体到本案，尽管鄂州市人民政府的答复信息已由申请人徐磊实质获取，但问题是“应以何种方式提供”。因此，鄂州市人民政府不仅应当告知徐磊政府信息内容的本身，还应向其以邮寄的方式提供书面材料。鄂州市人民政府虽曾通过互联网告知了徐磊能查询到政府在网上对其作出的回复的查询码，但未曾采取邮寄纸面材料的方式告之相关政府信息。所以，二审法院

认为一审法院主张的鄂州市人民政府已经采取在互联网上进行告知的方式予以告知系法律规定的适当形式，与我国《政府信息公开条例》第二十六条规定内容明显不符是正确的，鄂州市人民政府通过互联网对徐磊予以答复的行为不能视为履行其法定职责的行为。但是，在徐磊已经通过其他形式实质性地获取了相关信息内容从而使其原遭受侵害的知情权获得了弥补的情况下，判决责令鄂州市人民政府履行该法定职责已无实际意义。况且，本案的被诉具体行政行为是鄂州市人民政府拒不履行法定职责。因此，二审法院判决确认鄂州市人民政府不履行在15个工作日内对徐磊政府信息公开申请作出答复的法定职责违法，是恰当的，并无不妥之处。

编写人：湖北省高级人民法院　王争

74

历史内部管理信息能否公开或区别公开

——大连华龙企业集团公司诉天津市国土资源和房屋管理局政府信息公开案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

天津市和平区人民法院（2012）和行初字第0100号行政判决书

2. 案由：政府信息公开

3. 当事人

原告：大连华龙企业集团公司

被告：天津市国土资源和房屋管理局

【基本案情】

2012年7月25日，原告以特快专递的形式向被告申请公开天津市规划和国土资源局国市字［2004］329号文件内容，该文件涉及原告原开发的南运河北路183号建设项目，与原告的生产经营有关。被告于7月26日收到原告的申请，8月14

日向原告邮寄了不予公开告知书，告知原告对其申请公开的信息决定不予公开。

原告认为：被告对原告申请不予公开的行为违反了《政府信息公开条例》的相关规定，侵犯了原告的知情权，原告诉至天津市和平区人民法院。

原告诉称：原告申请公开信息的行为符合《政府信息公开条例》第十三条的规定，是有法律依据的。被告引用的《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》不是法规或部门规章，不是法院审判的依据，该文件缩小了《政府信息公开条例》规定的应予公开的政府信息的范围，被告的答辩中没有讲到涉及国家机密、商业秘密或个人隐私，被告提出的不予公开的理由没有法律依据。被告提出该文件系委办局向市领导的请示文件，至少可以公开该文件最后的处理意见，不能说是内部管理信息，法院就不查该文件的内容，那么《政府信息公开条例》就形同虚设，希望法院审查该文件的内容。即使被告抗辩内容成立，也应该找出该文件中可以公开的部分，给原告一个合理的回复。原告对被告方认为该文件属于内部管理信息，属于行政机关对内管理的观点不认可，这种解释缺乏法律依据。调查报告也是被告在履行法定职责过程中形成的信息汇总，无论是向上级机关报告，还是同级间的交流，不可能不做调查就自己杜撰内容并报告上去。《政府信息公开条例》并没有规定向市领导报告的内容就不能公开，被告不予公开没有法律和行政法规层级的依据。被告应该向法庭提供该文件，法庭无从查明该文件是否属于不宜公开的内容。在司法实践当中，国务院办公厅的文件的合理部分法院可以考虑，不合理的部分法院不应考虑。

被告天津市国土资源和房屋管理局辩称：原告申请公开的内容为内部管理资料。原告所查询的信息属于委办局向市政府领导汇报情况的内部调查报告，依据《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》第二条的规定，内部管理信息一般不属于《政府信息公开条例》所规定的应公开的政府信息的范围。《政府信息公开条例》第二条规定的“履行职责”是“行政管理职责”，而不是“行政机关的内部管理职责”。调查报告属于向上级领导汇报的材料，是在内部管理中需用到的材料，不具有社会公共性，报告内容不对公民、法人有任何影响。调查报告属日常工作中制作的内部管理信息，不属于应该公开的政府信息。根据法律规定，我局政府信息公开办公室于2012年8月14日已书面告知原告对其申请查询的信息决定不予公开，已履行法定职责。请求法院驳回原告诉讼请求。

【案件焦点】

历史内部管理信息能否公开或区别公开。

【法院裁判要旨】

天津市和平区人民法院经审理认为：根据《中华人民共和国政府信息公开条例》的规定，政府信息公开能起到提高政府工作的透明度，促进依法行政，充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动服务的作用。被告在审查原告提出的政府信息公开的申请后，答复原告决定对其申请查询的内容不予公开，但并未说明不予公开的理由，被告的答复违反了《中华人民共和国政府信息公开条例》第二十一条第（二）项“属于不予公开范围的，应当告知申请人并说明理由”的规定。根据《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第五条第一款“被告拒绝向原告提供政府信息的，应当对拒绝的根据以及履行法定告知和说明理由义务的情况举证”的规定，被告未对不予公开政府信息的理由进行举证，属证据不足。在诉讼中，被告辩称原告所查询的信息内容属于委办局向市政府领导汇报情况的内部调查报告，但被告并未向本院出示“天津市规划和国土资源局规国市字（2004）329”号文件的内容，使本院无法判断其答复是否合法、适当，是否属于内部调查报告。因此，被告的作出编号2012—784《不予公开告知书》的行为明显不当。另外，本案中向被告提出政府信息公开申请的申请人是大连华龙企业集团公司天津房地产开发公司，而被告仅将“不予公开告知书”告知了申请人的代理人，并未正式告知申请人本人，属违反法定程序。

关于原告要求判令被告公开天津市规划和国土资源局规国市字（2004）329号文件内容的诉讼请求，由于原告未向本院提出调取证据的申请，且被告也未向本院提交上述文件内容，因此本院无法判断上述文件内容是否属于政府信息公开范围。对于原告此项诉讼请求本院不予支持。综上，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1目、第3目及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十九条第（一）项的规定，判决如下：

一、撤销被告编号2012—784《不予公开告知书》；

二、被告在本判决生效后30日内，重新作出政府信息公开答复；

三、原告要求公开天津市规划和国土资源局规国市字（2004）329号文件内容的诉讼请求予以驳回；

四、诉讼受理费50元由被告负担。

【法官后语】

该案的主要争议是历史内部管理信息能否公开或区别公开。原告于2012年7月25日要求被告公开2004年的一个内部调查报告文件，此信息属于历史信息。有人认为，此调查报告是在2004年做出来的，而条例是2008年5月1日才实施的，按照法不溯及既往的原则，此调查报告是否被公开不受条例的约束。

历史信息，是指条例施行之前形成的政府信息。历史信息能否公开？换句话说，申请人是否只能申请公开条例施行之后形成的政府信息？对于该问题在实践中有不同的看法。“法不溯及既往原则”反对的是以明天的法律来调整人们今天的行为。其内涵是法律文件的规定仅适用于法律文件生效以后的行为，对于法律文件生效以前的行为不适用。它指的是，人民法院不能依据现行条例认定行政机关在该法施行前不公开政府信息的行为违法。但是，公民、法人或者其他组织在新法施行后才申请公开新法施行前产生的政府信息的，人民法院应当依照现行法律规定审查被诉不公开信息行为的合法性。换言之，条例对于行政行为的溯及力与对于新法施行前已经形成的政府信息的溯及力是两回事。

内部管理信息以及过程性信息能否公开，各国规定不一。在美国，“内部文件”有两个限制。首先，它仅限于在“决定前”（pre-decision）的“考虑”（deliberative）阶段。决定一旦作出，保护就没有必要存在；相反，它必须根据政府公开原则而被公布。《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》第二条第二款规定：“行政机关向申请人提供的政府信息，应当是正式、准确、完整的，申请人可以在生产、生活和科研中正式使用，也可以在诉讼或行政程序中作为书证使用”。因此，行政机关在日常工作中制作或者获取的内部管理信息以及在讨论、研究或者审查中产生的过程性信息，一般不属于《条例》所指的应公开的政府信息。该文件也没有完全禁止对内部管理信息进行公开。

参照美国等其他国家的做法，判断是否公开过程信息可以采取形成阶段标准、主客观信息标准和公益衡量标准相结合的办法。首先，当行政过程已经结束，行政决策已经公布，此时影响过程信息公开的第一道阀障碍已被打开。此时，公布过程信息不会从根本上影响行政决策。其次，有必要将过程信息区分为两类：政策考虑

与事实信息。对于这两类信息应当区别对待。不公开过程信息的目的之一就是防止公开该信息后会给个人意见的表达带来影响与阻碍，以实现保障官员自由发表和交流个人思想的效果。而公开事实信息并不阻碍这一目的的达成。第三，还应当考虑公开信息对社会带来的影响。如果公开信息所带来的利益大于不公开信息所保护的利益，那么此项信息应当被公开。

在我国，可分割性原则主要体现在《政府信息公开条例》第二十二条。根据该条规定，申请公开的政府信息中含有不应当公开的内容，但是能够作区分处理的，行政机关应当向申请人提供可以公开的信息内容。可分割性原则（Severability）又称可区分性原则，最早由美国《信息自由法》针对豁免公开条款而设置的一项原则。该原则的设立意味着，凡是可以从含有豁免公开的信息中分离出来的非保密信息，都应毫无保留地被公开。根据这项原则，信息中可以合理分离的任何部分，在删除根据豁免条款应予保密的部分之后，应当提供给请求获取信息的任何人。实践中，法院应该重点审查以下问题：第一，信息内容能否相互分离，区别处理。第二，信息能否进行重新处理或遮盖。第三，如果无法区分，则不能适用可分割性原则。第四，说明理由。

在该案中，天津市国土资源和房屋管理局认为：天津市规划和国土资源局国市字［2004］329号文件属于委办局向市政府领导汇报情况所需的内部调查报告，因此拒绝公开这份调查报告。根据上述综合标准衡量，调查报告应属于上述分类中的事实信息。如果其中有一些政策性的建议、决策性的建议是供领导参考的，且对于如何处理某个问题所提出的建议尚不成熟，则可以不公开，但是完全可以通过信息分割的方法将调查报告中客观描述的部分公开。另外，公布调查报告，可以澄清公众的质疑。如果调查结果显示该建设项目不存在违法、违规等现象，那么可以消除公众的怀疑。如果调查报告显示存在违法、违规问题，那么在该项目中受到不公正待遇的公民就可以依据此报告依法维护自己的权益。

实践中，一些地方政府或者行政机关在自己制定的政府信息公开方面的规范性文件中，往往任意限缩政府信息公开的范围。他们动辄以文件属于“不宜公开的内部政府信息”为由拓宽条例规定的不宜公开的信息的范围。但是，本文认为，如果某部规范性文件不属于法律、法规和国家有关规定，但作出超出条例所规定的不予公开的信息范围的规定，则人民法院行政诉讼中只能适用《政府信息公开条例》的规定。

编写人：天津市和平区人民法院　张战华　王立　刘志强

中国法院2012、2013年度案例系列

国家法官学院案例开发研究中心　编

简便易用、权威实用——打造“好读有用”的案例

1. 权威的作者：国家法官学院案例开发研究中心持续20年编辑了享誉海内外的《中国审判案例要览》丛书，2012年起推出《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。

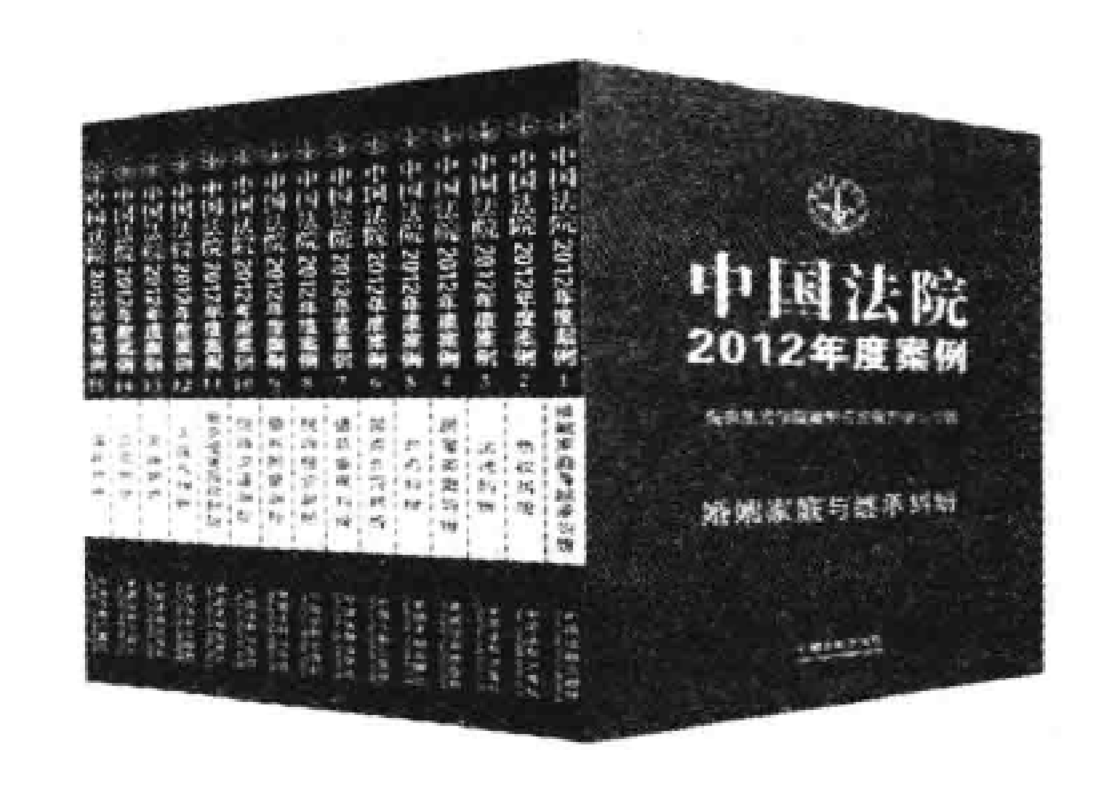
2. 强大的规模：2012、2013年各推出15本，含传统和新近的所有热点纠纷，所有案例均是从全国各地法院收集到的上一年度审结的近万件典型案例中挑选出来的，具有广泛的选编基础和较强的代表性。

3. 独特的内容：不再有繁杂的案情，高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点问题。不再有冗长的分析，主审法官撰写“法官后语”，展现裁判思路方法。

中国法院2012年度案例系列

中国法院2013年度案例系列

1. 婚姻家庭与继承纠纷
2. 物权纠纷
3. 土地纠纷（含林地纠纷）
4. 房屋买卖合同纠纷
5. 合同纠纷
6. 买卖合同纠纷
7. 借款担保纠纷
8. 民间借贷纠纷
9. 侵权赔偿纠纷
10. 道路交通纠纷
11. 雇员受害赔偿纠纷（含帮工受害纠纷）
12. 人格权纠纷（含生命、健康、身体、姓名、肖像、名誉权纠纷）
13. 劳动纠纷（含社会保险纠纷）
14. 公司纠纷
15. 保险纠纷





最高人民法院指导性案例理解与适用系列

最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用系列	书号	定价
担保卷	978－7－5093－2973－3	98 元
公司卷	978－7－5093－3476－8	128 元
合同卷一（合同原则、履行、解除、违约责任）	978－7－5093－3806－3	98 元
合同卷二（合同订立、效力、解释、变更与转让、时效、管辖）	978－7－5093－3805－6	98 元
劳动争议卷	978－7－5093－4395－1	58 元
婚姻家庭卷	978－7－5093－4394－4	50 元
房地产卷	978－7－5093－4393－7	98 元

最高人民法院知识产权系列图书

书　名	书号	定价
最高人民法院知识产权审判案例指导（第一辑）	978－7－5093－1894－2	48 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第二辑）	978－7－5093－1895－9	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第三辑）	978－7－5093－2804－0	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第四辑）	978－7－5093－3692－2	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第五辑）	978－7－5093－4556－6	88 元
中国知识产权指导案例评注（上下卷）	978－7－5093－2591－9	188 元
中国知识产权指导案例评注（第三辑）	978－7－5093－3279－5	98 元
中国知识产权指导案例评注（第四辑）	978－7－5093－4396－8	98 元
最高人民法院知识产权司法解释理解与适用	978－7－5093－3603－8	58 元
商业秘密司法保护实务	978－7－5093－3422－5	98 元
商标法适用的基本问题	978－7－5093－3970－1	68 元
知识产权法律适用的基本问题	978－7－5093－4207－7	168 元
知识产权保护的新思维	978－7－5093－4738－6	98 元

最高人民法院商事审判指导案例系列

最高人民法院商事审判指导案例系列丛书	书号	定价
1. 合同卷（上下）	978－7－5093－2443－1	168.00
2. 借款担保卷（上下）	978－7－5093－2440－0	188.00
3. 公司卷	978－7－5093－2444－8	98.00
4. 金融卷	978－7－5093－2449－3	88.00
5. 第五卷（上下）	978－7－5093－2803－3	168.00
6. 合同与借贷担保卷	978－7－5093－4029－5	98.00
7. 公司与金融卷	978－7－5093－4028－8	128.00